

Professor Dr. Hans-Jürgen Papier\*

## Beschränkungen der Telekommunikationsfreiheit durch den BND an Datenaustauschpunkten

Im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgabenstellung und der daraus folgenden technischen Aufklärung führt der Bundesnachrichtendienst (BND) strategische Beschränkungen in Bezug auf den internationalen Telekommunikationsverkehr durch. Diese Maßnahmen der Überwachung und Aufzeichnung betreffen nach den allgemein zugänglichen Informationen auch die Datenaustauschpunkte, die so genannten Internetexchangepoints (IXP). Internetexchangepoints sind zentrale Austauschpunkte der IP-Carrier zwischen ihren Netzen. Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, ob diese Überwachungsmaßnahmen mit den für den BND geltenden einfach-gesetzlichen Bestimmungen und mit dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland vereinbar sind. Dabei wird vor allem darauf eingegangen, inwieweit die bestehenden gesetzlichen Ermächtigungen, insbesondere im G-10-Gesetz, den aus Art. 10 GG folgenden verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen.

### I. Einführung und Aufgabenstellung

Im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgabenstellung und der daraus folgenden technischen Aufklärung führt der Bundesnachrichtendienst (BND) strategische Beschränkungen in Bezug auf den internationalen Telekommunikationsverkehr durch. Diese Maßnahmen der Überwachung und Aufzeichnung betreffen nach den allgemein zugänglichen Informationen auch den Datenaustauschpunkt, den so genannten Internetexchangepoint (IXP), den die DE-CIX in Frankfurt a. M. betreibt. Dieser Datenaustauschpunkt ist einer der weltweit größten Internetaustauschpunkte mit derzeit mehr als vier Terabits Durchsatz in Spitzenzeiten.

So genannte Internetexchangepoints wie der DE-CIX sind zentrale Austauschpunkte der IP-Carrier zwischen ihren Netzen. Die vom DE-CIX betriebene technische Infrastruktur dient ausschließlich der Verbindung der Netze der Teilnehmer (ISP oder Netzbetreiber) und weist keine Telekommunikationsanschlüsse auf. Diese technische Infrastruktur besteht lediglich aus Netzelementen, die ausschließlich der Zusam-

menshaltung der Teilnehmer mit dem Internet bzw. dem Datenaustausch darüber dienen. Die Geschäftskunden des DE-CIX sind gewerbliche Anbieter von Telekommunikationsdiensten, größtenteils für die Öffentlichkeit. Sie nehmen die Dienstleistung des DE-CIX zum Zwecke des Datenaustauschs zwischen den Teilnehmern (ISP oder Netzbetreiber) in Anspruch, um gebündelten Datenverkehr entweder mit mehreren anderen Netzwerken auszutauschen oder bilateral einzelne Netzwerke direkt zusammenzuschließen und Datenverkehr zwischen ihnen zu routen. Es werden lediglich Informationen durchgeleitet, der DE-CIX hat keinen Einfluss auf die individuell und bilateral ausgehandelten Beziehungen seiner Kunden untereinander und den Inhalt der gebündelten Übertragungen. Eine Identifikation einzelner Teilnehmer, Anschlüsse oder IP-Adressen findet nicht statt und wird auch seitens des DE-CIX nicht erhoben oder verarbeitet. Die Dienstleistungen des DE-CIX zeichnen sich dadurch aus, dass sie völlig neutral erbracht werden.

Anordnungen zur Umsetzung von Beschränkungsmaßnahmen ergehen nach § 5 des Gesetzes zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Art. 10-Gesetz – G10). Zuständig für die Anordnung solcher Beschränkungsmaßnahmen ist im Hinblick auf den BND das Bundesministerium des Inneren (§ 10 I G 10). Diese Anordnungen sind nach § 10 VI G 10 den verpflichteten Anbietern von Post- und Telekommunikationsdiensten insoweit mitzuteilen, als dies erforderlich ist, um ihnen die Erfüllung ihrer Verpflichtungen zu ermöglichen. Die Anordnungen sind befristet.

Die *DE-CIX Management GmbH* hat mich gebeten, rechtsgutachtlich zu prüfen, ob diese Überwachungsmaßnahmen, die umzusetzen bzw. zu ermöglichen sind, mit den für den BND geltenden einfach-gesetzlichen Bestimmungen und mit dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland vereinbar sind. Dabei werden zunächst die verfassungsrechtlichen An-

\* Der Autor ist Präsident des BVerfG a. D. und em. Professor für öffentliches Recht an der LMU München.

forderungen an eine strategische Überwachung der internationalen Telekommunikationsbeziehungen durch den Bundesnachrichtendienst geprüft. Hier geht es um die Klärung des personellen und territorialen Schutzbereichs des Grundrechts aus Art. 10 GG. Ferner sind die verfassungsrechtlichen Schranken für die in dieses Grundrecht aus Art. 10 GG eingreifenden Gesetze zu bestimmen. Es gilt in diesem Zusammenhang auch zu klären, inwieweit die gegenwärtige gesetzliche Ermächtigung in § 5 G10 diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt und ob eine Ausleitung an dem Datenaustauschpunkt DE-CIX sich überhaupt auf gesetzliche Eingriffsgrundlagen stützen kann, die überdies den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen.

## II. Strategische Überwachung der internationalen Telekommunikationsbeziehungen

1. Die Aufgaben des Bundesnachrichtendienstes (BND) sind im § 1 II des BND-Gesetzes allgemein umschrieben: Zur Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind, sammelt der Bundesnachrichtendienst die erforderlichen Informationen und wertet sie aus. Der Bundesnachrichtendienst darf gem. § 2 I BND-Gesetz die erforderlichen Informationen einschließlich personenbezogener Daten erheben, verarbeiten und nutzen, und zwar über Vorgänge im Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind, wenn sie nur auf diese Weise zu erlangen sind und für ihre Erhebung keine andere Behörde zuständig ist (§ 2 I Nr. 4 BND-Gesetz).

2. Die Befugnisse zu Beschränkungsmaßnahmen des Telekommunikationsgeheimnisses sind aber nicht in diesem Gesetz, sondern in dem bereits erwähnten Art. 10-Gesetz geregelt.<sup>1</sup> Hier werden grundsätzlich zwei Arten von Beschränkungsmöglichkeiten des Telekommunikationsgeheimnisses geregelt. Alle Nachrichtendienste, also nicht nur der Auslandsnachrichtendienst BND, dürfen Telekommunikationsdaten gezielt erheben, um Erkenntnisse über bestimmte Personen zu erlangen. Die Ermächtigung hierzu findet sich im § 3 G10. Hier geht es um gezielt gegen bestimmte verdächtige Personen bzw. deren Telekommunikationsanschlüsse gerichtete Maßnahmen. Es müssen tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen, dass jemand die im gesetzlichen Straftatenkatalog des § 3 I G10 erwähnten Straftaten plant, begeht oder begangen hat.

Diese individuell und gezielt angelegten Beschränkungen des Telekommunikationsgeheimnisses sind nicht Gegenstand der nachfolgenden Begutachtung. Im vorliegenden Zusammenhang geht es vielmehr um die zweite Art der Beschränkung des Telekommunikationsgeheimnisses, also um die so genannten strategischen Beschränkungen des Telekommunikationsverkehrs nach Maßgabe des § 5 G10. Eine derartige strategische Beschränkung des Telekommunikationsgeheimnisses darf nur vom BND durchgeführt werden. Es handelt sich hier nicht um eine verdachtsabhängige, sondern um eine verdachtslose Überwachung des Telekommunikationsverkehrs. Nach § 5 G10 darf der Bundesnachrichtendienst mithin über die gezielte Datenerhebung hinaus den internationalen Telekommunikationsverkehr mit bestimmten Ländern oder Regionen strategisch überwachen. Mittels eigener Überwachungseinrichtungen oder bei einem Telekommunikationsunternehmen, das gesetzlich zur Mitwirkung verpflichtet ist, verschafft sich der BND einen Rohdatenstrom, den er mit Hilfe von Suchbegriffen auswertet. In diesem Zusammenhang wird nach inhaltlichen und formalen Suchbegriffen differen-

ziert. Die inhaltlichen Suchbegriffe dienen der Aussonderung von Telekommunikationsverkehren, die einen Bezug zu den in § 5 I 3 G10 genannten Gefahrenbereichen aufweisen. Formale Suchbegriffe sind vor allem Telefonnummern oder E-Mail-Adressen, hier geht es also um die Suche nach Personen oder Einrichtungen, die mit den genannten Gefahrenbereichen zusammenhängen. Ganz überwiegend werden offenbar formale Suchbegriffe verwendet, weil diese eine größere Treffgenauigkeit aufweisen.

3. Strategische Beschränkungsmaßnahmen dürfen nach § 5 G10 nur für „internationale Telekommunikationsbeziehungen“ angeordnet werden. Damit dürfen sich die strategischen Beschränkungsmaßnahmen eindeutig nicht gegen den inländischen Telekommunikationsverkehr richten. Im Zeitpunkt von Absendung oder Empfang der kommunizierten Daten muss sich also mindestens einer der Kommunikationspartner in der Bundesrepublik Deutschland und mindestens einer im Ausland aufhalten. Befinden sich zu den maßgeblichen Zeitpunkten alle Kommunikationsteilnehmer in Deutschland, geht es unzweifelhaft nicht um eine internationale Telekommunikation. Darüber hinaus soll der Begriff der internationalen Telekommunikationsbeziehung allein die Telekommunikation erfassen, „die von oder nach Deutschland geführt wird“. Mindestens einer der Kommunikationspartner muss sich also zu den maßgeblichen Zeitpunkten in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. Befinden sich alle Kommunikationspartner zu den maßgeblichen Zeitpunkten außerhalb Deutschlands, soll keine internationale Telekommunikation iSd § 5 G10 vorliegen. Dies ergibt sich allerdings nicht aus dem Gesetzestext, der vielmehr eine weitergehende Auslegung zulässt, wenn er von einem „internationalen Telekommunikationsverkehr“ spricht. Diese restriktive Interpretation, welche die ausschließlich im Ausland statt findenden Telekommunikationsverkehre vom Anwendungsbereich des § 5 G10 ausnimmt, entspricht indes seit der Schaffung des G10 der Staats- und Verwaltungspraxis und ist von der Bundesregierung in verschiedenen Zusammenhängen immer wieder ausdrücklich vertreten worden.<sup>2</sup>

4. Daraus wird indes nicht gefolgert, dass die rein ausländischen Telekommunikationsverkehre von Beschränkungsmaßnahmen seitens des BND gar nicht erfasst werden dürften, die gesetzlich zugelassenen Überwachungen sich also nur auf den grenzüberschreitenden internationalen Telekommunikationsverkehr bezögen. Vielmehr wird in der Staats- und Verwaltungspraxis aus jener Limitierung des Anwendungsbereichs des § 5 G10 geschlossen, dass der BND im Hinblick auf die Telekommunikationsanschlüsse von Ausländern im Ausland allein von den Restriktionen des § 5 G10 befreit ist und auf diese Verkehre bezogene Beschränkungsmaßnahmen auf Grund der allgemeinen Aufgaben- und Befugnisregelungen im BND-Gesetz vornehmen dürfe. Diese für den BND recht großzügige Interpretation des einfachen Rechtes beruht auf der – unten noch näher zu prüfenden – Rechts-

1 Zu den verschiedenen Arten der Beschränkungen s. *Huber*, Die strategische Rasterfahndung des Bundesnachrichtendienstes – Eingriffsbefugnisse und Regelungsdefizite, NJW 2013, 2572; *Bäcker*, Strategische Telekommunikationsüberwachung auf dem Prüfstand, Kommunikation und Recht (K&R) 2014, 556 ff.; *ders.*, Erhebung, Bevorratung und Übermittlung von Telekommunikationsdaten durch die Nachrichtendienste des Bundes, Stellungnahme zur Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses am 22.5.2014.

2 Siehe dazu *Bäcker*, Stellungnahme, unter IV. 1.; *ders.*, K&R 2014, 556 ff.; *Huber*, NJW 2013, 2572; allerdings durchaus krit. Zur Auff. der Bundesregierung s. etwa BT-Drs. 17/9640, 6, 10, sowie Sachbericht in *BVerfGE* 100, 313 (337) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls. Dem folgt auch *Graulich*, Bericht für den 1. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestags, 41 ff., 44 ff.

auffassung, dass das Grundrecht auf Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses nach Art. 10 I GG in seinem territorialen Schutzbereich begrenzt sei und Art. 10 I GG für die Telekommunikationsverkehre von Ausländern im Ausland keinen grundrechtlichen Schutz biete. Weil nach dieser Rechtsauffassung Ausländer im Ausland im Hinblick auf die deutschen Grundrechtsgewährleistungen schutzlos sind, gelten nach der ständigen Staats- und Verwaltungspraxis weder die im § 5 G10 geregelten noch die verfassungsrechtlichen Restriktionen, wie sie etwa aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem im Hinblick auf Art. 1 I GG bestehenden Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung folgen.<sup>3</sup> Diese Auffassung wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur nahezu einhellig abgelehnt,<sup>4</sup> sie soll auch hier Gegenstand näherer Erörterung sein.

Wird § 5 G10 im Hinblick auf Telekommunikationsanschlüsse von Ausländern im Ausland für nicht anwendbar erklärt, so gilt auch nicht die in erheblichem Maße einschränkende Vorschrift des § 5 II 2 G10. Nach dieser Vorschrift dürfen keine Suchbegriffe verwendet werden, die Identifizierungsmerkmale enthalten, die zu einer gezielten Erfassung bestimmter Telekommunikationsanschlüsse führen oder die den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betreffen. Das Gesetz selbst bestimmt dann auch, dass diese Restriktionen nicht für Telekommunikationsanschlüsse im Ausland gelten, sofern ausgeschlossen werden kann, dass Anschlüsse, deren Inhaber oder regelmäßige Nutzer deutsche Staatsangehörige sind, gezielt erfasst werden (§ 5 II 3 G10).

Im Hinblick auf Telekommunikationsanschlüsse von Ausländern im Ausland dürfen nach dieser Rechtsauffassung demgemäß auch so genannte formale Suchbegriffe verwendet werden, so dass im Hinblick auf diese Telekommunikationsanschlüsse und Personen eine gezielte Überwachung rechtlich möglich erscheint.

### III. Schutzbereiche des Art. 10 GG

#### 1. Sachlicher Schutzbereich

Der Bundesnachrichtendienst übt vollziehende Gewalt iSv Art. 1 III GG aus und ist daher an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden. Im Hinblick auf die Beschränkungen des Telekommunikationsverkehrs ist vor allem die Geltung des Art. 10 I GG zu beachten. Dieses Grundrecht gewährleistet jedermann den Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses. Damit ist jede unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs vor einer Kenntnisnahme durch die öffentliche Gewalt geschützt. Der grundrechtliche Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses bezieht sich dabei nicht nur auf die Inhalte der Kommunikation, auch die Vertraulichkeit der näheren Umstände des Telekommunikationsvorgangs genießt den grundrechtlichen Schutz der Vertraulichkeit. Zu diesen näheren Umständen gehört insbesondere, ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Telekommunikationseinrichtungen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist.<sup>5</sup>

Art. 10 I GG gewährleistet die Unverletzlichkeit des Fernmeldegeheimnisses, also einen Meinungs- und Informationsaustausch mittels „Fernmeldeanlagen“ frei von staatlicher Kenntnisnahme der Kommunikationsbeziehungen, Kommunikationsumstände und Kommunikationsinhalte. Es soll letztlich vermieden werden, dass dieser Meinungs- und Informationsaustausch unterbleibt oder nach Form und Inhalt verändert verläuft, weil die Beteiligten damit rechnen müssen, dass staatliche Stellen sich in diese freie Kommunikation ein-

schalten.<sup>6</sup> Damit sind „natürliche Handlungsfreiheiten“ der Bürger geschützt, das Grundrecht aus Art. 10 I GG ist daher ebenso wenig ein „normgeprägtes“ Grundrecht wie die anderen Grundrechte der freien Persönlichkeitsentfaltung und der freien Kommunikation. Die von *Graulich*<sup>7</sup> vertretene Auffassung, Art. 10 GG sei ein „normgeprägtes“ Grundrecht, so dass sein Schutz grundsätzlich nicht weiter reiche als seine einfachgesetzliche Ausgestaltung, ist haltlos. Der in Art. 10 II 1 GG normierte Gesetzesvorbehalt ermächtigt gerade nicht dazu, den Inhalt des Grundrechts (erst) zu bestimmen, sondern dazu, unter Wahrung der allgemeinen verfassungsrechtlichen Eingriffsschranken Grundrechtseingriffe oder Freiheitsbeschränkungen zu regeln.

Einen Eingriff in dieses Grundrecht stellt jede Kenntnisnahme, Aufzeichnung und Verwertung von Kommunikationsdaten sowie jede Verwendung bzw. Auswertung ihrer Inhalte durch die deutsche öffentliche Gewalt dar. Art. 10 I GG gewährt den grundrechtlichen Schutz also nicht allein gegen erste Zugriffe der Erfassung von Telekommunikationsdaten, sondern auch gegen sich daran anschließende Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge. So hat auch das *BVerfG* in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass in jeder Erfassung, Speicherung, Abgleich mit anderen Daten, in jeder Auswertung, Selektierung zur weiteren Verwendung oder Übermittlung von Daten an Dritte je eigene Eingriffe in das Telekommunikationsgeheimnis liegen.<sup>8</sup>

#### 2. Personaler Schutzbereich

a) Das Grundrecht auf Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses nach Art. 10 I GG ist unzweifelhaft ein Menschenrecht, es steht mithin nicht nur Deutschen zu. Unterschiedliche gesetzliche Beschränkungen des Telekommunikationsgeheimnisses im Verhältnis zu inländischen und ausländischen Telekommunikationsteilnehmern sind mithin auf Grund von Art. 10 I GG in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG grundsätzlich unzulässig. Daher kommt es hier nicht mehr darauf an, dass im Hinblick auf Ausländer, die Bürger eines anderen EU-Mitgliedstaates sind, eine solche Ungleichbehandlung auch mit dem primären Unionsrecht, nämlich mit Art. 18 I AEUV, unvereinbar wäre.

b) Dieser Aspekt hat aber in Bezug auf den Grundrechtsschutz juristischer Personen eine erhebliche Bedeutung. Denn auch soweit Grundrechte für juristische Personen gelten, bezieht sich dieser Schutz nach Art. 19 III GG nur auf inländische juristische Personen. Allgemeine Voraussetzung eines

3 Siehe beispielhaft die Antwort der Bundesregierung in BT-Drs. 17/9640, 10.

4 Siehe etwa *Durner* in *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Stand Dezember 2015, Art. 10 Rn. 64 f.; *Badura* in *Bonner Kommentar*, GG, Stand Mai 2016, Art. 10 Rn. 86, 87; *Hermes* in *Dreier*, Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Art. 10 Rn. 43; *Jarass* in *Jarass/Piero*, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 10 Rn. 8; *Löwer* in *v. Münch/Kunig*, Grundgesetz, 6. Aufl. 2012, Art. 10 Rn. 11; *Bizer* in *Stein/Denninger/Hofmann-Riem*, Grundgesetz, 3. Aufl. 2001, Art. 10 Rn. 49; *Pagenkopf* in *Sachs*, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 10 Rn. 15; *Baldus* in *Epping/Hillgruber*, Grundgesetz, 2. Aufl. 2013, Art. 10 Rn. 20, 21; *Heidebach*, Die NSA-Affäre in Deutschland – Stößt der Grundrechtsschutz an seine Grenzen?, JZ 2015, 593 (596), mwN in Fn. 39; *Marauhn*, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, VVDStRL 74, 373 (377 ff.); anders *Graulich*, Bericht für den 1. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestags, 41 ff., 44 ff., der offenbar der Rechtsauffassung der Bundesregierung folgt.

5 So auch das *BVerfG* in stRspr.; s. etwa *BVerfGE* 125, 260 (309) = NJW 2010, 833 mwN.

6 *BVerfGE* 100, 313 (359) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

7 Bericht für den 1. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestags, 47 ff.

8 *BVerfGE* 100, 313 (366 f.) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.; *BVerfGE* 125, 260 (310) = NJW 2010, 833.

Grundrechtsschutzes für juristische Personen ist, dass das betreffende Grundrecht seinem Wesen nach auf eine juristische Person anwendbar ist. Das ist grundsätzlich beim Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses der Fall. Auch juristische Personen sind Teilnehmer am Telekommunikationsverkehr, sind mithin nicht anders als natürliche Personen auf die Vertraulichkeit der unkörperlichen Übermittlung von Informationen angewiesen. Seinem Wesen nach ist der Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses auch zu Gunsten juristischer Personen anwendbar.<sup>9</sup>

Dieser Schutz gilt grundsätzlich nicht für ausländische juristische Personen, was sich schon aus dem Wortlaut des Art. 19 III GG ergibt. Für juristische Personen mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat bedeutete diese Differenzierung nach Maßgabe des Art. 19 III GG allerdings einen Verstoß gegen Art. 18 AEUV, also gegen das primär-unionsrechtliche Diskriminierungsverbot. Das *BVerfG* hat diese Konfliktlage mit Hilfe einer Anwendungserweiterung des Art. 19 III GG gelöst, so dass juristische Personen mit Sitz im EU-Ausland grundrechtlich ebenso behandelt werden müssen wie inländische juristische Personen. „Die Grundfreiheiten und das allgemeine Diskriminierungsverbot stehen im Anwendungsbereich des Unionsrechts einer Ungleichbehandlung in- und ausländischer Unternehmen aus der Europäischen Union entgegen und drängen insoweit die in Art. 19 III GG vorgesehene Beschränkung der Grundrechtserstreckung auf inländische juristische Personen zurück“.<sup>10</sup>

c) Die Geltung des Art. 10 I GG zu Gunsten der juristischen Personen könnte dann zweifelhaft sein, wenn diese selbst nicht als Kommunizierende auftreten, sondern als Kommunikationsdienstleister. In der Literatur<sup>11</sup> wird die Grundrechtsträgerschaft von Kommunikationsdienstleistern teilweise mit der Begründung bestritten, diese Unternehmen seien nicht Sachwalter der Grundrechte ihrer Kunden. Nach dieser Auffassung können sich diese Unternehmen nur auf Art. 10 GG berufen, wenn sie selbst kommunizieren und eigene Informationen übermitteln, nicht jedoch soweit sie als Kommunikationsdienstleister betroffen sind.

Diese in der Literatur vertretene Restriktion entspricht allerdings nicht der Rechtsprechung des *BVerfG*. Das *BVerfG* hat selbst für die Deutsche Bundespost, als diese noch als Kommunikationsdienstleister im Telekommunikationsbereich auftrat, einen eigenen Grundrechtsschutz aus Art. 10 I GG bejaht, die Post also als Träger öffentlicher Gewalt sowohl als grundrechtsberechtigt als auch als grundrechtsverpflichtet angesehen.<sup>12</sup> Dies war damals unter dem Gesichtspunkt bemerkenswert, dass grundsätzlich Träger öffentlicher Gewalt allein grundrechtsverpflichtet und nicht zugleich grundrechtsberechtigt sein können. Dieser allgemeine Grundsatz spielte offenbar schon damals im Hinblick auf Art. 10 I GG und den Grundrechtsschutz der Diensteanbieter keine Rolle. Er ist heute, in Zeiten der uneingeschränkten Privatisierung der Telekommunikationsdienstleistungen, ohnehin hinfällig geworden, so dass keinerlei Veranlassung besteht, die Trägerschaft privater Dienstleistungsunternehmen im Hinblick auf das Grundrecht des Telekommunikationsgeheimnisses in Abrede zu stellen.

Die Effizienz und die Geltungskraft des Grundrechts aus Art. 10 I GG hängen heute mehr denn je davon ab, dass sich auch die Telekommunikationsdienstleister auf das Grundrecht des Art. 10 GG berufen können, selbst wenn sie nicht eigene Informationen übermitteln. Dies zeigt sich bei den hier in Rede stehenden Beschränkungsmöglichkeiten zu Gunsten der Nachrichtendienste in besonderer Weise. Art. 10 GG

schützt die Vertraulichkeit der Telekommunikation insgesamt. Notwendige Bedingung eines funktionsfähigen vertraulichen Telekommunikationsverkehrs ist, dass gerade auch diejenigen, die entsprechende Dienste vornehmen, sich auf die Integrität und Vertraulichkeit des Verkehrs berufen können. Von strategischen Beschränkungen können überhaupt nur die in Anspruch genommenen Telekommunikationsdienstleister erfahren, für die eigentlichen Teilnehmer des Telekommunikationsverkehrs bleiben sie in aller Regel unbekannt. Daher spricht nichts dafür, den grundrechtlichen Schutz der Telekommunikationsdienstleister aus Art. 10 I GG im Verhältnis zu dem früher unbestrittenen Schutz zu Gunsten der öffentlich-rechtlichen Bundespost einzuschränken.

Eine solche Erstreckung des Grundrechtsschutzes ist im Übrigen auch bei anderen vergleichbaren Grundrechten unstrittig. So können sich beispielsweise auf das Grundrecht der Pressefreiheit nicht nur diejenigen berufen, die unmittelbar ein Presseorgan gestalten, sondern auch diejenigen, die ausschließlich am Vertrieb bzw. an der Veräußerung der Presseerzeugnisse beteiligt sind.<sup>13</sup> Auch die Freiheit der Kunst nach Art. 5 III GG steht nicht nur den eigentlich Kunst Schaffenden zur Verfügung, sondern auch denjenigen, die Kunstwerke vermarkten.<sup>14</sup> Alles in allem wird man feststellen können, dass sich auf das Grundrecht des Telekommunikationsgeheimnisses auch diejenigen Unternehmen berufen können, die geschäftsmäßig Telekommunikationsdienstleistungen erbringen oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirken.

Selbst wenn man diese Auffassung ablehnte, wäre der grundrechtliche Schutz dieser Unternehmen in der Sache kein anderer als bei unmittelbarer Anwendung des Art. 10 I GG. Denn in diesem Fall müsste zu Gunsten jener Unternehmen der Schutz der Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG bzw. – wenn es um ausländische juristische Personen mit Sitz außerhalb der Europäischen Union geht – der aus dem allgemeinen Auffanggrundrecht der Handlungsfreiheit gem. Art. 2 I GG eingreifen, der dann durch den speziellen Freiheitsgehalt des Grundrechts der Telekommunikationsfreiheit aus Art. 10 I GG verstärkt würde. So hat auch das *BVerfG* für die Tätigkeit eines nicht-deutschen gläubigen muslimischen Metzgers, der Tiere ohne Betäubung schlachtet (schächtet), zwar offengelassen, ob das Grundrecht der Religionsfreiheit aus Art. 4 I GG unmittelbar Anwendung findet. Es führt dann aber aus, dass auch dann, wenn das Schächten selbst nicht als Akt der Religionsausübung verstanden wird, dem Bedeutungsgehalt des Art. 4 I GG dadurch Rechnung zu tragen ist, dass der Schutz der Berufsfreiheit des Metzgers durch den speziellen Freiheitsgehalt des Grundrechts der Religionsfreiheit aus Art. 4 I und 2 GG verstärkt wird.<sup>15</sup>

Daher können sich auch Unternehmen, die einen Internet-Exchange-Point betreiben, in jedem Fall auf den Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses berufen, sei es unter un-

9 Unstrittig; s. etwa *Durner* in *Maunz/Dürig*, GG Art. 10 Rn. 102; *Jarass* in *Jarass/Piero*, GG, Art. 10 Rn. 10; *BVerfGE* 100, 313 (356) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.; *BVerfGE* 106, 28 (43) = NJW 2002, 3619 = NVwZ 2003, 70 Ls.

10 *BVerfGE* 129, 78 (96 ff.) = NJW 2011, 3428.

11 *Jarass* in *Jarass/Piero*, GG, Art. 10 Rn. 10; *Durner* in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 10 Rn. 104, jeweils mwN.

12 *BVerfGE* 67, 157 (172) = NJW 1985, 121; *BVerfGE* 85, 386 (396) = NJW 1992, 1875 = NVwZ 1992, 765 Ls.; ebenso *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2006, 224.

13 Vgl. *BVerfGE* 77, 346 (354) = NJW 1988, 1833; *Jarass* in *Jarass/Piero*, GG, Art. 10 Rn. 38.

14 Vgl. *BVerfGE* 119, 1 (22) = NJW 2008, 39 = NVwZ 2008, 301 Ls.; *Jarass* in *Jarass/Piero*, GG, Art. 10 Rn. 122 mwN.

15 *BVerfGE* 104, 337 (342) = NJW 2002, 663 = NVwZ 2002, 335 Ls.

mittelbarer Anwendung des Art. 10 I GG, sei es auf Grund der Berufsfreiheitsgarantie des Art. 12 I GG iVm Art. 10 I GG. Der hier angesprochene Streit um die Trägerschaft des Grundrechts aus Art. 10 I GG hat also allenfalls formalbegriffliche, keinesfalls aber inhaltlich-sachliche Bedeutung.

d) Die Grundrechte des Grundgesetzes sind Freiheitsrechte gegen die öffentliche Gewalt, dh gegen die grundrechtsverpflichteten Träger deutscher Hoheitsgewalt. Der Staat selbst, aber auch alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die vom Staat abgeleitete öffentliche Gewalt ausüben, können als Grundrechtsverpflichtete nicht zugleich grundrechtsberechtigt sein. Das *BVerfG* hat an diesem so genannten Konfusionsargument immer festgehalten und eine Grundrechtsberechtigung des Staates und anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts im Grundsatz verneint.<sup>16</sup> Die Grundrechte würden ihren Sinngehalt verlieren, würden sie zu Schutzrechten auch der Träger öffentlicher Gewalt umfunktioniert werden. Dieser Gedanke führt dazu, den ausländischen Staaten bzw. ausländischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts auch unter Hinweis auf dieses „Konfusionsargument“ einen Grundrechtsschutz aus Art. 10 I GG nicht zuzubilligen. Dies gilt selbstverständlich auch für die im Namen und im Auftrag der ausländischen Hoheitsträger handelnden Amtsträger. Sind sie im Rahmen ihrer Amtstätigkeit von deutschen Behörden abgehört worden oder haben sie in sonstiger Form im Telekommunikationsverkehr Beschränkungen erfahren, greift die grundrechtliche Bindungs- bzw. Schutzwirkung aus Art. 10 I GG nicht ein. Die klassische Spionage gegen ausländische Staaten und deren Amtsträger ist mithin kein Fall des Art. 10 GG oder anderer deutscher Grundrechte.

### 3. Räumlich-territorialer Schutzbereich

a) Vom persönlichen Schutzbereich ist der Geltungsbereich des Grundrechts aus Art. 10 I GG in räumlich-territorialer Hinsicht zu unterscheiden. Wäre die Geltungskraft des Grundrechts auf Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses auf das deutsche Staatsgebiet begrenzt, könnte der BND möglicherweise grundrechtlich unbeschränkt auf den Telekommunikationsverkehr im Ausland Zugriff nehmen. Dieser Auffassung ist bislang die Bundesregierung gefolgt,<sup>17</sup> die immer davon ausgegangen ist, dass Art. 10 I GG nur bei hinreichendem territorialen Bezug zur Bundesrepublik Deutschland eingreifen und deswegen für ausländische Fernmeldeverkehre und für im Ausland lebende Personen nicht gelten kann.

Die Frage nach der extraterritorialen Geltungskraft der nationalen Grundrechte stellt sich vielfach nicht, weil die deutsche Staatsgewalt regelmäßig nur im deutschen Staatsgebiet ausgeübt werden kann. Im Allgemeinen sind die Staatsgrenzen zugleich die Grenzen der deutschen Staatsgewalt. Da an die Grundrechte des Grundgesetzes nur die deutsche Staatsgewalt gebunden ist, entfalten die Grundrechte regelhaft Schutzwirkung auch nur im deutschen Staatsgebiet. Moderne Technologien erlauben indes auch Zugriffe der deutschen öffentlichen Gewalt auf ausländische Fernmeldeverkehre, selbst mit Überwachungsanlagen, die auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland stationiert sind. Daher stellt sich die Frage nach der territorial-räumlichen Geltungskraft des Grundrechts aus Art. 10 I GG mit aller Dringlichkeit.

b) Bei der Beantwortung dieser Frage ist von Art. 1 III GG auszugehen. Diese Vorschrift umschreibt den Geltungsumfang der Grundrechte allgemein und bestimmt, dass die nachfolgenden Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden. Grundrechtsgebunden ist demgemäß die öffentliche

Gewalt, die nach der Logik der Geltungskraft nationaler Normen nur die deutsche öffentliche Gewalt sein kann. Von einer Begrenzung der Geltungskraft der Grundrechte auf das deutsche Staatsgebiet ist weder in dieser allgemeinen Vorschrift, noch in den speziellen Grundrechten die Rede. Daher wird man auch von einer extraterritorialen Schutzwirkung der nationalen Grundrechte auszugehen haben. Wenn und soweit deutsche öffentliche Gewalt in die in den Grundrechten gewährleisteten Schutzbereiche der Menschen eingreift, die zum geschützten Personenkreis gehören, unterliegt sie den Bindungen der Grundrechte, auch wenn sie diese Eingriffe außerhalb des Territoriums der Bundesrepublik Deutschland vornimmt oder dort die Eingriffswirkungen eintreten.

Nach heute weit überwiegender Rechtsauffassung in der Literatur kommt gerade dem Grundrecht aus Art. 10 I GG keine auf das Territorium der Bundesrepublik Deutschland begrenzte Schutzwirkung zu.<sup>18</sup> Der Schutz aus Art. 10 GG muss mit der Ausdehnung der deutschen Hoheitsgewalt im Bereich der Telekommunikationsüberwachung Schritt halten.<sup>19</sup> Auch das *BVerfG* folgt im Grundsatz dieser Rechtsauffassung, wenn es in seiner Entscheidung vom 14.7.1999 ausdrücklich betont: „Der räumliche Schutzzumfang des Fernmeldegeheimnisses ist nicht auf das Inland beschränkt. Art. 10 GG kann vielmehr auch dann eingreifen, wenn eine im Ausland stattfindende Telekommunikation durch Erfassung und Auswertung im Inland mit inländischem Handeln verknüpft ist.“<sup>20</sup> Das *BVerfG* lässt mithin in der besagten Entscheidung die Frage offen, ob die Schutzwirkung des Art. 10 I GG völlig unabhängig ist von einem territorialen Bezug zur Bundesrepublik Deutschland. Selbst wenn man einen solchen Bezug verlangte, wäre er unzweifelhaft gegeben, wenn die Erfassung und Auswertung durch deutsche Behörden im Inland erfolgte.<sup>21</sup>

Dies wäre bei Abhörmaßnahmen des Bundesnachrichtendienstes, um die es bei der vorliegenden rechtsgutachtlichen Betrachtung geht, unzweifelhaft der Fall. Daher erweist sich die Rechtsauffassung der Bundesregierung, jedenfalls nach dem Ergehen der Entscheidung vom 14.7.1999, in jeder Hinsicht und offenkundig als unhaltbar.

c) Die Auslegung des Grundgesetzes und damit auch die Bestimmung der territorialen Reichweite seiner Grundrechtsverbürgungen haben völkerrechtsfreundlich zu erfolgen. Sie haben vor dem Hintergrund einer notwendigen Abgrenzung und Abstimmung mit anderen Staaten und mit anderen Verfassungs- bzw. Rechtsordnungen zu erfolgen. Die Auslegung des Verfassungsrechts muss mit anderen Worten auch mit dem Völkerrecht abgestimmt werden, sie muss mit anderen Worten nach dem Grundsatz der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ erfolgen.<sup>22</sup> Das *BVerfG* stellt indes zu Recht fest, dass eine Geltung von Grundrechten bei Sachverhalten mit Auslandsbezügen vom Völkerrecht nicht prinzipiell ausgeschlossen ist. Die Reichweite der Grundrechte ist vielmehr unter Berücksichtigung von Art. 25 GG aus dem Grundgesetz selbst zu ermitteln. Unter dem Aspekt der völkerrechtlichen Harmonisierung können je nach den einschlägigen Verfas-

16 Siehe etwa *BVerfGE* 21, 362 (369 f.) = NJW 1967, 1411.

17 Siehe etwa BT-Drs. 17/9640, 6, 10.

18 Siehe die Nachw. oben unter Fn. 4 sowie *Heidebach*, JZ 2015, 593 (595 f.); *Bäcker*, Grundrechtliche Grenzen staatlicher Überwachung zur Gefahrenabwehr, NVwZ 2015, 1335 (1339).

19 *Heidebach*, JZ 2015, 593 (596); *Menzel*, Internationales Öffentliches Recht, 2011, 568 u. 592 f.

20 *BVerfGE* 100, 313 = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls. 2.

21 *BVerfGE* 100, 313 (362 ff.) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

22 *BVerfGE* 100, 313 (362 f.) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.; vgl. auch *Marauhn*, VVDStRL 74, 378 ff.

sungsrechtsnormen Modifikationen und Differenzierungen zulässig oder gar geboten sein.<sup>23</sup>

Im Hinblick auf die Schutzwirkung des Telekommunikationsgeheimnisses bestehen in der Sache solche Abgrenzungs- und Begrenzungsnotwendigkeiten nicht. Im Gegenteil: Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses in Art. 10 GG steht im Einklang mit den völkerrechtlichen Bestimmungen, wie etwa Art. 12 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948 oder Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950. Es entspricht nicht nur dem nationalen Grundrechtsstandard, sondern auch dem internationalen und europarechtlichen, dass die Telekommunikation weltweit von unerwünschter oder unbemerkter Überwachung frei bleibt und die Grundrechtsträger unbefangen kommunizieren können. Es geht darum, den Gefahren für die Vertraulichkeit, die Privatheit und die freie Persönlichkeitsentfaltung zu begegnen, die sich gerade aus der Verwendung eines Kommunikationsmediums ergeben, das als besonders gefährdet erscheint und staatlichen Zugriffen leichter ausgesetzt ist als die direkte Kommunikation unter Anwesenden.

Moderne Techniken erlauben Zugriffe auf die Telekommunikation ungeachtet staatlicher Grenzen und staatlicher Souveränitätsbereiche. Auch die deutsche Staatsgewalt kann im Hinblick auf Eingriffe in den Telekommunikationsverkehr ihre Tätigkeit unschwer auf das Gebiet anderer Staaten erstrecken, ohne dort durch Amtsträger anwesend zu sein. Fremde Verfassungs- bzw. Rechtsordnungen und fremde staatliche Souveränitätsrechte werden aber gerade nicht tangiert, wenn die deutsche öffentliche Gewalt, die in ausländische Telekommunikationsverkehre eingreift, Schranken aus den eigenen nationalen Grundrechten zu wahren hat und auf Grund nationaler Grundrechtsbindung an unbegrenzten Eingriffen rechtlich gehindert ist.<sup>24</sup> Nur soweit aus den nationalen Grundrechten darüber hinaus positive Handlungspflichten der deutschen öffentlichen Gewalt folgen sollten, wie beispielsweise besondere Informations- oder andere Schutzpflichten, müssten gegebenenfalls unter dem Aspekt der völkerrechtsfreundlichen Interpretation der nationalen Verfassungsnormen entsprechende Restriktionen oder Rücksichtnahmen geprüft werden.<sup>25</sup> Für die materiellen, aus den Grundrechten allgemein und dem Art. 10 GG im Besonderen folgenden Eingriffsschranken der deutschen öffentlichen Gewalt bestehen diese Notwendigkeiten nicht.

Die Begrenzung der räumlichen Schutzwirkung des Art. 10 I GG auf die Kommunikationsverkehre, bei denen jedenfalls ein Teilnehmer sich im Inland aufhält, ist auch im Hinblick auf die modernen technologischen Entwicklungen und die gesteigerte Mobilität der Menschen geradezu sinnlos. Der Schutz des Grundrechts aus Art. 10 I GG wäre im Hinblick auf die heutigen, völlig entgrenzten Telekommunikationsverkehre und staatlichen Zugriffsmöglichkeiten bei einer solchen räumlichen Restriktion von Zufälligkeiten abhängig.

Sowohl aus dem Wortlaut des Grundgesetzes (Art. 1 III GG), aber auch aus dem Inhalt, Sinn und Zweck speziell des Grundrechts aus Art. 10 I GG folgt, dass die deutsche öffentliche Gewalt bei Zugriffen auf das Telekommunikationsgeheimnis und Überwachung der Kommunikationsverkehre grundsätzlich auch dann gebunden ist, wenn diese Telekommunikationsverkehre ausschließlich im Ausland zwischen Ausländern stattfinden. Dass dies jedenfalls dann gilt, wenn die Erfassung und Auswertung dieser Überwachungsmaßnahmen im Inland erfolgt, hat das BVerfG bereits vor Jahren in aller Verbindlichkeit (§ 31 I BVerfGG) festgestellt.<sup>26</sup> Wenn

dies von der deutschen Gesetzgebung und der deutschen vollziehenden Gewalt nicht beachtet und die Telekommunikationsverkehre im Ausland zwischen Ausländern als nicht grundrechtsgeschützt erachtet werden, so ist dies ein andauernder Verfassungsbruch.

## IV. Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen

### 1. Allgemeine Anforderungen

Soweit deutsche Sicherheitsbehörden und Nachrichtendienste Telekommunikationsverkehre im In- und Ausland, zwischen Inländern und/oder Ausländern überwachen, aufzeichnen, die daraus gewonnenen Informationen speichern, verarbeiten, weiterverwenden oder weiterleiten, nehmen sie Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 10 I GG vor. Solche Eingriffe sind grundsätzlich nur zulässig, wenn sie auf Grund eines Gesetzes erfolgen (Art. 10 II 1 GG). Dieses Gesetz muss überdies den allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an grundrechtseingreifende Gesetze in formeller und materieller Hinsicht genügen.

Das bedeutet unter anderem, dass das Gesetz normenklar und bereichsspezifisch die Eingriffsermächtigungen formulieren muss, dass keinesfalls der Wesensgehalt des Grundrechts angetastet werden darf (Art. 19 II GG), dass die Anforderungen der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden und dass schließlich der aus der Menschenwürdegarantie (Art. 1 I GG) folgende Kernbereich der Freiheitsgewähr stets und uneingeschränkt gewahrt bleibt, dass mit anderen Worten der Kernbereich privater Lebensgestaltung stets unangetastet bleibt. Hinzu treten gegebenenfalls prozedurale Schutzanforderungen, die gewährleisten, dass die Grundrechtsträger auch in der Lage sind, den ihnen zukommenden Grundrechtsschutz effektiv durchzusetzen. Hinzu kommt die grundgesetzliche Anforderung, dass nach Art. 19 I GG das jeweilige zu Eingriffen in das Grundrecht aus Art. 10 I GG legitimierende Gesetz dieses Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen muss.

### 2. Gesetzliche Ermächtigung im BND-Gesetz ?

Nach der bereits oben dargestellten Staats- und Verwaltungspraxis und der ihr zu Grunde liegenden – rechtsirrigen – Auffassung gelten die gesetzlichen Bestimmungen über die Beschränkungen des Telekommunikationsgeheimnisses strategischer Art, wie sie aus dem G10-Gesetz folgen, nicht für die Telekommunikationsverkehre, die ausschließlich im Ausland stattfinden. Eine strategische Fernmeldeaufklärung wird vom Bundesnachrichtendienst mithin nicht allein auf der Grundlage des § 5 G10 vorgenommen, sondern auch unter Berufung auf die allgemeinen Aufgaben- und Befugnisnormen des BND-Gesetzes.<sup>27</sup> Dabei geht es um die so genannte Ausland-Ausland-Telekommunikation, die etwa per Funk oder Satellit oder im Wege einer leitungsgelassenen Übermittlung erfolgt, die aber ihren Ausgangs- und Endpunkt jeweils im Ausland außerhalb der Bundesrepublik Deutschland hat.

Nach dieser Staats- und Verwaltungspraxis findet eine solche Fernmeldeaufklärung daher ohne die materiellen und verfahrensspezifischen Einschränkungen des G10 statt, also bei

23 BVerfGE 100, 313 (363) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

24 Siehe auch Becker, NVwZ 2015, 1335 (1339); Bäcker, K&R 2014, 556 (560 f.).

25 Siehe auch Becker, NVwZ 2015, 1335 (1338).

26 Urteil v. 14.6.1999, BVerfGE 100, 313 = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

27 Siehe Antwort der Bundesregierung BT-Drs. 17/9640, 6, 10; Huber, NJW 2013, 2572; Bäcker, K&R 2014, 556 (559 ff.).

spielsweise auch ohne Kontrolle der G10-Kommission. So ließ die Bundesregierung in dem Verfahren zum Verbrechensbekämpfungsgesetz vor dem *BVerfG* beispielsweise vortragen,<sup>28</sup> dass nach dem damaligen Stand täglich etwa 15.000 Telekommunikationsverkehre in die Umwandlungsgeräte des BND gelangten, von denen etwa 14.000 nach dieser Rechtsauffassung nicht dem G10 unterfielen. Man kann vermuten, dass diese Art der Telekommunikationsüberwachung auch heute noch das eigentliche „Kerngeschäft“ des BND darstellt.

Die Vorschriften des BND-Gesetzes bieten keine hinreichende gesetzliche Grundlage für Beschränkungsmaßnahmen beim Ausland-Ausland-Verkehr bzw. bei dem rein ausländischen Binnenverkehr. Mangels gesetzlicher Eingriffsgrundlage sind diese Beschränkungsmaßnahmen schon aus formellen Gründen eindeutig verfassungswidrig, sie widersprechen dem Gesetzesvorbehalt in Art. 10 II 1 GG.

Insbesondere § 1 II BND-Gesetz vermag keine geeignete gesetzliche Eingriffsgrundlage abzugeben.<sup>29</sup> Nach dieser Vorschrift sammelt der Bundesnachrichtendienst zur Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind, die erforderlichen Informationen und wertet sie aus. Wie schon die formelle Bezeichnung dieser Vorschrift besagt, geht es um die Festlegung der „Aufgaben“ des Bundesnachrichtendienstes, nicht aber um seine „Befugnisse“. Im Sicherheitsrecht wird allgemein unterschieden zwischen den Aufgaben- und den Befugnisnormen. Auch im allgemeinen Sicherheitsrecht ist es nicht zulässig, aus den Aufgaben der jeweiligen Sicherheitsbehörden umschreibenden Vorschriften auf die Befugnisse zu Grundrechtseingriffen zu schließen. Diese Befugnisse müssen sich aus spezifischen, die jeweiligen Bereiche normenklar regelnden Eingriffsermächtigungsnormen ergeben. Aus § 1 II BND-Gesetz ergibt sich eindeutig keine Befugnis des Bundesnachrichtendienstes, die Telekommunikationsverkehre im Ausland, insbesondere im Ausland-Ausland-Verkehr zu überwachen.

Eine solche Befugnis kann aber auch nicht aus § 2 BND-Gesetz abgeleitet werden, der sich mit den Befugnissen des BND befasst. Nach dieser Vorschrift darf der Bundesnachrichtendienst die erforderlichen Informationen einschließlich personenbezogener Daten erheben, verarbeiten und nutzen, soweit es um Vorgänge im Ausland geht, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind, wenn diese Informationen nur auf diese Weise zu erlangen sind und für ihre Erhebung keine andere Behörde zuständig ist (§ 2 I Nr. 4 BND-Gesetz). Eine den Anforderungen des Verfassungsrechts genügende bereichsspezifische und normenklare Eingriffsregelung im Hinblick auf das Grundrecht des Art. 10 I GG ist darin nicht zu sehen. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Gesetzgeber selbst von einer solchen Eingriffsregelung nicht ausgeht, denn sonst hätte er gem. Art. 19 I 2 GG das Grundrecht des Art. 10 I GG ausdrücklich als vom Eingriff betroffenes Grundrecht benennen müssen. Dies ist im BND-Gesetz nicht geschehen. Auch § 3 BND-Gesetz, der sich mit besonderen Formen der Datenerhebung befasst, begründet keine dem Art. 10 GG genügende Beschränkungsermächtigung in Ansehung der strategischen Überwachung der Auslandsverkehre.<sup>30</sup>

### 3. Verfassungsrechtliche Beurteilung des § 5 II 3 G10

Die bisherige Staats- und Verwaltungspraxis, die Beschränkungen der Ausland-Ausland-Verkehre und der ausländischen Binnenverkehre ohne die notwendigen gesetzlichen Eingriffsermächtigungen vorzunehmen, sie insbesondere ohne Beachtung der Beschränkungen und Regularien des G10-

Gesetzes zu realisieren, ist demgemäß vor dem Grundrecht des Telekommunikationsgeheimnisses nach Art. 10 I GG nicht legitimierbar. Diese Beschränkungsmaßnahmen verstößen gegen den Vorbehalt des Gesetzes, der für jedwede Beschränkung des Telekommunikationsgeheimnisses in Art. 10 II 1 GG ausdrücklich normiert ist.

Selbst wenn und soweit man diese Beschränkungsmaßnahmen auf den § 5 G10 stützen wollte, was rein sprachlich mit dem dort verwendeten Begriff der „internationalen Telekommunikationsbeziehungen“ durchaus vereinbar wäre, müsste allerdings beachtet werden, dass die im § 5 II 3 dieser Vorschrift geregelten Ausnahmen vom § 5 II 2 sich in materieller Hinsicht als Verstoß gegen Art. 10 I iVm Art. 3 I GG erweisen.<sup>31</sup> Nach § 5 II 3 G10 gelten die Verbote einer gezielten Erfassung bestimmter Telekommunikationsanschlüsse und des Eingriffs in den Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht für Telekommunikationsanschlüsse im Ausland, sofern ausgeschlossen werden kann, dass Anschlüsse, deren Inhaber oder regelmäßige Nutzer deutsche Staatsangehörige sind, gezielt erfasst werden. Danach dürften selbst bei Heranziehung des § 5 G10 als Eingriffsgrundlage keine formellen Suchbegriffe verwendet werden, die zu einer gezielten Erfassung bestimmter Telekommunikationsanschlüsse von Ausländern im Ausland führen können. Außerdem wäre in jedem Fall sicherzustellen, dass der Kernbereich privater Lebensgestaltung der Telekommunikationsteilnehmer zu wahren ist, unabhängig davon, ob es sich um In- oder Ausländer handelt. Auf Grund dieser verfassungsrechtlich gebotenen, dem Menschenrechtsgehalt des Art. 10 GG geschuldeten Korrektur der in § 5 II G10 vorgesehenen Eingriffsbegrenzungen fehlte strategischen Beschränkungsmaßnahmen des BND im Hinblick auf die Ausland-Ausland-Verkehre bzw. die ausländischen Binnenverkehre auch materiell weitgehend die rechtliche Grundlage.

### 4. Eingriffe in das Grundrecht

An den Internetaustauschpunkten durchgeführten Beschränkungsmaßnahmen stellen Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 10 I GG dar, das das Fernmeldegeheimnis gewährleistet. Mit diesem Grundrecht wird die Vertraulichkeit der Kommunikation geschützt, so dass jede Kenntnisnahme, Aufzeichnung und Verwertung von Kommunikationsdaten durch den Staat einen grundrechtlichen Eingriff darstellt.<sup>32</sup> Soweit es zur Kenntnisnahme von erfassten Kommunikationsvorgängen durch Mitarbeiter des Bundesnachrichtendienstes kommt, ist mit Sicherheit von einem Eingriff der öffentlichen Gewalt auszugehen. Das *BVerfG*<sup>33</sup> hat aber zu Recht festgestellt, dass auch vorangegangene Arbeitsschritte in ihren durch den Überwachungs- und Verwendungszweck bestimmten Zusammenhängen beurteilt werden müssen. Daher ist schon in der Erfassung selbst ein Eingriff in das Grundrecht auf Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses zu sehen, sofern diese die Kommunikation für den Bundesnachrichtendienst verfügbar macht

28 Siehe *BVerfGE* 100, 313 (380) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.; s. auch *Bäcker*, K&R 2014, 556 (559 ff.).

29 Ebenso *Huber*, NJW 2013, 2572 (2576); *Bäcker*, Stellungnahme, unter IV., 16 ff.; *ders.*, K&R 2014, 556 (560).

30 Ebenso *Huber*, NJW 2013, 2572 (2576).

31 *Huber*, NJW 2013, 2572 (2574); *Bäcker*, K&R 2014, 556 (559) mwN; s. auch oben die Ausführungen zum Schutzbereich des GG Art. 10 unter II. Das *BVerfG* hat diese Frage im Hinblick auf die Vorgängervorschrift im § 3 II 3 G10 aF im Urteil vom 14.6.1999 ausdrücklich offengelassen, weil diese Vorschrift im damaligen Verfahren nicht mit einer zulässigen Verfassungsbeschwerde angegriffen worden war (*BVerfGE* 100, 313 (384) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.).

32 Vgl. *BVerfGE* 85, 386 (398) = NJW 1992, 1875; *BVerfGE* 100, 313 (366).

33 *BVerfGE* 100, 313 (366) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

und die Grundlage für nachfolgende Abgleiche mit den Suchbegriffen bildet. Zwar wird es an einer Eingriffsqualität fehlen, wenn Telekommunikationsvorgänge ungezielt und allein technisch bedingt zunächst miterfasst, aber dann unmittelbar nach der Signalaufbereitung technisch wieder ausgesondert werden, ohne eine Spur zu hinterlassen. Dagegen steht es nach der Judikatur des *BVerfG* der Eingriffsqualität nicht entgegen, wenn die erfassten Daten nicht sofort bestimmten Personen zugeordnet werden können.<sup>34</sup>

Im Hinblick auf das Recht der informationellen Selbstbestimmung hat das *BVerfG* ausdrücklich festgestellt, dass dieses Recht nicht nur vor Verletzungen, sondern (schon) vor Gefährdungen schützt, die sich für den Einzelnen aus informationsbezogenen Maßnahmen ergeben. Dieses Recht flankiert und erweitert den grundrechtlichen Schutz von Verhaltensfreiheit und Privatheit; es lasse ihn schon auf der Stufe der Persönlichkeitsgefährdung beginnen.<sup>35</sup> Der grundrechtliche Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses nach Art. 10 I GG stellt nur eine besondere Ausprägung des Persönlichkeitsschutzes und der Privatheit dar, so dass ein entsprechender Schutz vor Gefährdungen der Verhaltensfreiheit und Privatheit des Einzelnen geboten ist. Auch im Anwendungsbereich des Art. 10 GG beginnt der grundrechtliche Schutz von Verhaltensfreiheit und Privatheit schon auf der Stufe der Persönlichkeitsgefährdung. Daher liegt auch hier ein Eingriff bereits in der Informationserhebung, „soweit sie die Informationen für die Behörden verfügbar macht und die Basis für einen nachfolgenden Abgleich bildet.“<sup>36</sup> So ist ein Eingriff durch Grundrechtsgefährdung in den Fällen der elektronischen Kfz-Kennzeichenerfassung verneint worden, wenn der Abgleich mit dem Fahndungsbestand unverzüglich vorgenommen wird und negativ ausfällt, sowie zusätzlich rechtlich und technisch gesichert ist, dass die Daten anonym bleiben und sofort spurlos und ohne die Möglichkeit, einen Personenbezug herzustellen, gelöscht werden.<sup>37</sup>

Wenn und soweit bei den hier in Rede stehenden Erhebungen und Informationserlangungen durch den BND die technische und rechtliche Sicherung der sofortigen und unmittelbaren Spurenlosigkeit und Unverwendbarkeit nicht gegeben ist, ist von einer grundrechtsrelevanten Freiheitsgefährdung, also von einem Grundrechtseingriff, schon bei der automatisierten Datenverfassung durch den BND auszugehen. Bereits von derartigen Erfassungen gehen Freiheitsgefährdungen auf Beeinträchtigungen der Verhaltensfreiheit durch Einschüchterungseffekte aus, vor denen Art. 10 I GG ebenso schützen will wie das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Die gegenteilige Auffassung von *Graulich*,<sup>38</sup> ein Eingriff liege erst nach einem Abgleich mit den Suchbegriffen, also nur in einem „Trefferfall“ vor, ignoriert die Rechtsprechung zum „vorgelagerten“ oder „erweiterten“ Grundrechtsschutz der Verhaltensfreiheit und der Privatheit auf der Stufe der Persönlichkeitsgefährdung.

Auch das *BVerwG* hat im Urteil vom 28.5.2014<sup>39</sup> bereits in der Erfassung von Telekommunikationsverkehrsdaten einen Grundrechtseingriff erachtet, wenn die Kommunikation für den BND technisch verfügbar gemacht wird und so eine Basis des nachfolgenden Abgleichs mit Suchbegriffen bildet (Rn. 32), also einen Eingriff (schon) in der Erfassung gesehen, die dem Abgleich der erfassten Verkehre anhand der angeordneten Suchbegriffe vorgelagert ist (Rn. 32).

Eine Ausnahme hat das *BVerfG* nur in dem Fall anerkannt und in Datenerfassungen keinen Gefährdungstatbestand gesehen, wenn und soweit Daten unmittelbar nach der Erfassung „tech-

nisch wieder spurlos, anonym und ohne Möglichkeit, einen Personenbezug herzustellen, ausgesondert werden.“<sup>40</sup>

Diese Eingriffe setzen sich mit der Speicherung der erfassten Daten fort, durch die das Material aufbewahrt und für den Abgleich mit den Suchbegriffen bereitgehalten wird.<sup>41</sup> Auch dem Abgleich kommt als Akt der Auswahl für die weitere Auswertung Eingriffscharakter zu. Gleichfalls um einen weiteren Eingriff handelt es sich bei einer eventuellen Übermittlung personenbezogener Daten an dritte Behörden bzw. an die Bundesregierung. Derartige Übermittlungen der durch die Überwachung erlangten Aufzeichnungen bzw. Informationen an die Daten empfangenden Stellen seitens des Bundesnachrichtendienstes stellen daher weitere bzw. zusätzliche Eingriffe in das Grundrecht des Art. 10 I GG dar.<sup>42</sup>

## 5. Verfassungsrechtliche Eingriffsschranken

Das Grundrecht des Art. 10 I GG steht unter einem Gesetzesvorbehalt, dh Beschränkungen des Telekommunikationsgeheimnisses sind nur möglich, wenn sie auf einer gesetzlichen Regelung basieren. Diese gesetzliche Regelung muss allerdings einem legitimen Gemeinwohlzweck dienen und vor allem auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren.<sup>43</sup> Daraus ergeben sich nach der Rechtsprechung des *BVerfG* besondere Anforderungen an den Gesetzgeber, die gerade die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten betreffen, die mittels Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis erlangt worden sind. Diese Anforderungen stimmen im Wesentlichen überein mit denjenigen Voraussetzungen, unter denen Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 I GG iVm Art. 1 I GG von der Judikatur entwickelt worden sind. Die dort entwickelten Grundsätze gelten weitgehend auch im Hinblick auf die im Verhältnis zu Art. 2 I GG iVm Art. 1 I GG speziellere Gewährleistung in Art. 10 I GG.<sup>44</sup>

Ohne diese Anforderungen hier abschließend aufzulisten, lassen sich in diesem Zusammenhang folgende, für die in Rede stehenden Beschränkungsmaßnahmen besonders relevante Anforderungen benennen:

a) Zunächst müssen sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Einzelnen erkennbar aus dem Gesetz ergeben.<sup>45</sup> Die Zwecke, zu dem die Ein-

34 *BVerfGE* 100, 313 (366) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

35 *BVerfGE* 120, 378 (397) = NJW 2008, 1505, vgl. ferner *BVerfGE* 65, 1 (42) = NJW 1984, 419 = NVwZ 1984, 167 Ls.; *BVerfGE* 113, 29 (56) = NJW 2005, 1917; *BVerfGE* 115, 166 (188) = NJW 2006, 976 = NVwZ 2006, 679 Ls.; *BVerfGE* 113, 320, (341 f.); *BVerfGE* 118, 168 (184) = NJW 2007, 2464 = NVwZ 2008, 547 Ls.

36 *BVerfGE* 120, 378 (398) = NJW 2008, 1505; unter Hinweis auf *BVerfGE* 100, 313 (366 mit 377, 380) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

37 *BVerfGE* 120, 378 (399) = NJW 2008, 1505.

38 Bericht für den 1. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages, 91 ff., 95 f.

39 *BVerwGE* 149, 359 = NVwZ 2014, 1666.

40 *BVerfGE* 120, 378 (399) = NJW 2008, 1505; vgl. auch *BVerfGE* 100, 313 (366) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.; *BVerfGE* 107, 299 (328) = NJW 2003, 1787 = NVwZ 2003, 1248 Ls.; *BVerfGE* 115, 320 (343) = NJW 2006, 1939 = NVwZ 2006, 1156 Ls.

41 *BVerfGE* 100, 313 (366) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

42 *BVerfGE* 100, 313 (366 f.) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.; s. zum Eingriff in das Grundrecht des GG Art. 10 auch *BVerfGE* 125, 260 (309 ff.) = NJW 2010, 833.

43 Siehe etwa *BVerfGE* 100, 313 (359) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.; *BVerfGE* 125, 260 (316) mwN aus der Rspr.

44 *BVerfGE* 125, 260 (310) = NJW 2010, 833.

45 Siehe *BVerfGE* 125, 260 (315) = NJW 2010, 833; unter Hinweis auf *BVerfGE* 100, 313 (359 f.) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.; *BVerfGE* 110, 33 (53) = NJW 2004, 2213; *BVerfGE* 115, 320 (365) = NJW 2006, 1939 = NVwZ 2006, 1156 Ls.; *BVerfGE* 118, 168 (187 f.) = NJW 2007, 2464 = NVwZ 2008, 547 Ls.

griffe in das Fernmeldegeheimnis vorgenommen werden dürfen, müssen bereichsspezifisch und präzise bestimmt werden und das erhobene Datenmaterial muss für diesen Zweck geeignet und erforderlich sein. Eine Erhebung und Sammlung nicht anonymisierter Daten auf Vorrat zu unbestimmten und noch nicht bestimmbar Zwecken ist damit nicht vereinbar.<sup>46</sup> Und grundsätzlich sind Speicherung und Verwendung der auf diese Weise erlangten Daten an den Zweck gebunden, den das zu Erhebung und Kenntnisnahme ermächtigende Gesetz bestimmt hat.

b) In materieller Hinsicht verlangt das *BVerfG* – wie gesagt –, dass die Eingriffe in das Grundrecht des Art. 10 I GG auf der Grundlage eines Gesetzes erfolgen, das legitimen Gemeinwohlzwecken dient und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt. Dabei ist grundsätzlich anerkannt, dass „die Effektivierung der Strafverfolgung, der Gefahrenabwehr und der Erfüllung der Aufgaben der Nachrichtendienste“ legitime Zwecke seien, die einen Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis grundsätzlich zu rechtfertigen vermögen.<sup>47</sup> Allerdings sind nach der ständigen Rechtsprechung des *BVerfG* zwei wesentliche materiell-verfassungsrechtliche Schranken für den grundrechtsbeschränkenden Gesetzgeber zu beachten. Die eine – engere – Schranke folgt aus der Menschenwürdegarantie,<sup>48</sup> sie gilt absolut und ist abwägungsfest, die andere – weitere – folgt aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz,<sup>49</sup> sie unterliegt einer Abwägung und wirkt daher relativ.

aa) Der Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses nach Art. 10 I GG beinhaltet einen Menschenwürdekern, dessen Verletzung nicht im Wege der Abwägung mit anderen Rechtsgütern gerechtfertigt werden kann.<sup>50</sup> Dieser Menschenwürdegehalt führt zu einem absoluten – auch nicht mit höherrangigen Ermittlungsinteressen abwägbar – Überwachungs- und Erhebungsverbot im Kernbereich privater Lebensgestaltung. Vom Gesetzgeber ist zu verlangen, dass er durch geeignete Vorschriften sicherstellt, dass die Daten der Telekommunikationsverkehre des höchstpersönlichen Bereichs schon nicht erhoben, jedenfalls nicht gespeichert und nicht verwendet, sondern – wenn sie schon unvermeidbar erhoben seien sollten – unverzüglich gelöscht werden.<sup>51</sup> Die gesetzlich eingeräumten Beschränkungsmöglichkeiten müssen schließlich dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen, sie müssen also zur Erreichung der gesetzlich niedergelegten Zwecke geeignet, erforderlich und angemessen sein.

bb) Soweit es speziell um die Beschränkungsermächtigung in § 5 I G10 geht, hat das *BVerfG* mit Urteil vom 14.7.1999 im Hinblick auf die Vorgängervorschrift des § 3 I 2 G10 aF die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Wesentlichen als gewahrt angesehen.<sup>52</sup> Dies ist jedenfalls für die in den Nrn. 1–6 der damaligen Vorschrift aufgezählten Gefahrenbereiche anerkannt worden. Hier ginge es um Zwecke, die einem legitimen Anliegen des Gemeinwohls entsprechen. In all diesen Fällen gehe es um Gefahren, die, wenngleich in abgestufter Weise, hochrangigen Gemeinschaftsgütern, deren Verletzung schwere Schäden für den äußeren und inneren Frieden und die Rechtsgüter Einzelner zur Folge hätte, drohen.<sup>53</sup> Auch im Hinblick auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit der gesetzlich eröffneten Beschränkungsmöglichkeiten hat das *BVerfG* in diesem Zusammenhang keine Zweifel angemeldet.<sup>54</sup>

Was die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne anbelangt, so hat das *BVerfG* in der oben erwähnten Entscheidung die Angemessenheit des Grundrechtseingriffs im Hinblick auf die damals anstehende Prüfung des § 3 I G10 aF im Wesentlichen – dh mit Ausschluss der Regelung des § 3 I 2 Nr. 5 G10

aF – bejaht, gleichzeitig – wie in weiteren Entscheidungen auch – die Anforderungen an die Proportionalität und Angemessenheit des Eingriffs im Hinblick auf derartige Maßnahmen der Überwachung des Telekommunikationsverkehrs ganz wesentlich präzisiert.<sup>55</sup>

## 6. Verhältnismäßigkeit im Besonderen

a) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne verlangt einerseits eine Beurteilung und Gewichtung der Schwere des Grundrechtseingriffs, auf der anderen Seite müssen Gewicht und Schwere des Eingriffs in einem angemessenen Verhältnis zu den angestrebten bzw. erreichbaren Zwecken des Eingriffs stehen.<sup>56</sup> Ein Grundrechtseingriff von hoher Intensität kann mit anderen Worten unverhältnismäßig sein, wenn der gesetzlich geregelte Eingriffsanlass kein hinreichendes, dem Ausmaß des Eingriffs entsprechendes Gewicht aufweist. Aber auch wenn die Schutzgüter einer gesetzlichen Eingriffsermächtigung als solche hinreichend schwer gewichtig erscheinen, begründet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verfassungsrechtliche Anforderungen an die tatsächlichen Voraussetzungen des Eingriffs. Der Gesetzgeber hat insoweit auch die Ausgewogenheit zwischen der Art und Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung einerseits und den zum Eingriff berechtigenden Tatbestandsvoraussetzungen andererseits zu wahren. Die Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad und an die Tatsachenbasis der Gefahrenprognosen müssen in angemessenem Verhältnis zur Art und Schwere der Grundrechtsbeeinträchtigung stehen.

Dies führt, ungeachtet aller denkbaren Folgerungen im Einzelnen, zu folgender allgemeiner Feststellung: Eine flächendeckende, vorsorgliche und anlasslose Erhebung und Speicherung aller Telekommunikationsverkehrsdaten, die für eine Strafverfolgung oder eine Gefahrenprävention nützlich sein könnten, verstößt gegen deutsches Verfassungsrecht. Die Wahrnehmung der Freiheitsrechte der Menschen darf nicht total erfasst und registriert werden. Dieses Verbot gehört sogar zur „verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland“, das die staatlichen Organe der Bundesrepublik nicht nur bindet, sondern für dessen Wahrung sich Deutschland auch „in europäischen und internationalen Zusammenhängen einsetzen muss“.<sup>57</sup> Eine vom Staat vorgenommene oder veranlasste Erhebung und Sammlung von personenbezogenen Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder (noch) nicht hinreichend bestimmbar Zwecken ist nach der Rechtsprechung des *BVerfG* untersagt.

46 Siehe *BVerfGE* 125, 260 (316) = NJW 2010, 833; sowie *BVerfGE* 65, 1 (46 f.) = NJW 1984, 419; *BVerfGE* 115, 320 (350) = NJW 2006, 1939 = NVwZ 2006, 1156 Ls.; 118, 168 (187).

47 *BVerfGE* 125, 260 (316 f.) = NJW 2010, 833; sowie *BVerfGE* 100, 313 (373 mit 383 f.) = NJW 2000, 55; *BVerfGE* 107, 299 (316) = NJW 2003, 1787 = NVwZ 2003, 1248 Ls.; *BVerfGE* 109, 279 (336) = NJW 2004, 999 = NVwZ 2004, 851 Ls.; *BVerfGE* 115, 320 (345) = NJW 2006, 1939 = NVwZ 2006, 1156 Ls.

48 Siehe grdl. *BVerfGE* 109, 279 (311 ff.) = NJW 2004, 999 = NVwZ 2004, 851 Ls. „Großer Lauschangriff“; *BVerfGE* 113, 348 (391 f.) = NJW 2005, 2603 = MMR 2005, 674; *BVerfGE* 120, 274 (335) = NJW 2008, 822 – Online-Durchsuchung.

49 Siehe dazu etwa *BVerfGE* 125, 260 (316 ff.) = NJW 2010, 833.

50 Vgl. *BVerfGE* 113, 348 (391 f.) = NJW 2005, 2603 = MMR 2005, 674.

51 *BVerfGE* 113, 348 (392) = NJW 2005, 2603 = MMR 2005, 674.

52 *BVerfGE* 100, 313 (373 ff.) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

53 *BVerfGE* 100, 313 (373) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

54 *BVerfGE* 100, 313 (373 ff.) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

55 *BVerfGE* 100, 313 (375 ff.) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

56 *BVerfGE* 100, 313 (376) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.; *BVerfGE* 120, 274 (321 ff.) = NJW 2008, 822; *BVerfGE* 115, 320 (345 f.) = NJW 2006, 1939 = NVwZ 2006, 1156 Ls.; *BVerfGE* 118, 168 (195) = NJW 2007, 2464 = NVwZ 2008, 547 Ls.

57 *BVerfGE* 125, 260 (323/4) = NJW 2010, 833.

b) Einen entsprechenden Schutz gewähren nach der Rechtsprechung des *EuGH*<sup>58</sup> auch die Grundrechte aus Art. 7 (Achtung des Privatlebens) und des Art. 8 (Schutz personenbezogener Daten) der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Auch der *EuGH* setzt strenge Maßstäbe an die Verhältnismäßigkeit der Eingriffe in diese Grundrechte. Für unzulässig werden Eingriffe erachtet, die sich generell auf alle Personen und alle elektronischen Kommunikationsmittel sowie auf sämtliche Verkehrsdaten erstrecken, ohne irgendeine Differenzierung, Einschränkung oder Ausnahme anhand des Ziels der Bekämpfung schwerer Straftaten.<sup>59</sup> Der *EuGH* hat insbesondere Vorratsdatenspeicherungen beanstandet, die alle Personen betreffen, auch solche, bei denen keinerlei Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ihr Verhalten in einem auch nur mittelbaren oder entfernten Zusammenhang mit schweren Straftaten stehen könnte.<sup>60</sup> Auch das Fehlen jeder zeitlichen, geografischen und personellen Begrenzung hat der *EuGH* als Grund für die Annahme der Unverhältnismäßigkeit der Datenerfassung und Datenspeicherung erachtet.<sup>61</sup>

Dieser weitreichende Schutz des Privatlebens (Art. 7 EU-Grundrechtecharta) wird in der Entscheidung des *EuGH* vom 6.10.2015 in der Rechtssache C-362/14 wiederholt. Ausnahmen vom Schutz personenbezogener Daten und dessen Einschränkungen müssen sich auf das absolut notwendige beschränken.<sup>62</sup> Nicht auf das absolut notwendige beschränkt sind nach dem *EuGH* Regelungen, die generell die Speicherung aller personenbezogenen Daten sämtlicher Personen, deren Daten aus der Union in die Vereinigten Staaten übermittelt werden, gestattet, „ohne irgendeine Differenzierung, Einschränkung oder Ausnahme anhand des verfolgten Ziels vorzunehmen...“<sup>63</sup>

Ein entsprechender Schutz der Privatsphäre folgt auch aus Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). In der Entscheidung *Zakharov vs. Russland* hat der *EGMR*<sup>64</sup> der Überwachung der Bürger gleichfalls enge Grenzen gesetzt. Er hat gesetzliche Regelungen für konventionswidrig erachtet, die prinzipiell Überwachungsmaßnahmen gegen jede oder gegen jeden möglich machen. Wenn sich ein Gesetz nicht festlege, wer überwacht werden kann, wann dies insbesondere ohne individuellen Verdacht geschehen könne, könne es auch keinen Maßstab geben, an dem die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs überprüft werden könne.<sup>65</sup>

c) Eine solche verfassungsrechtlich unzulässige, weil gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstößende „globale und pauschale Überwachung“, die das Grundgesetz auch zu Zwecken der Auslandsaufklärung nicht zulässt, hat das *BVerfG* im Hinblick auf die strategische Beschränkung des Telekommunikationsverkehrs, wie sie in der damals angegriffenen Vorschrift des § 3 G10 aF geregelt war, im Ergebnis verneint. Es hat in diesem Zusammenhang ganz entscheidend darauf abgestellt, dass die Überwachung und Aufzeichnung des Fernmeldeverkehrs unter den damals anzutreffenden Gegebenheiten sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht begrenzt waren.<sup>66</sup>

Eine solche Begrenzung folgte für das *BVerfG* damals vor allem daraus, dass der Gegenstand der Überwachung nach § 3 I 1 G10 aF nur der internationale nicht leitungsgebundene Verkehr war.<sup>67</sup> Damit war nicht nur der inländische Verkehr von den Beschränkungsmaßnahmen ausgenommen, betroffen war nur der nicht leitungsgebundene, also über Richtfunk oder Satellit geleitete Verkehr, der damals etwa 10 % des gesamten Fernmeldeaufkommens umfasste. Schon aus diesen Gründen war nach Auffassung des *BVerfG* eine flächendeckende Erfassung des internationalen Fernmeldever-

kehrs nicht zu besorgen. Der Einzelne müsse zwar bei jedem Fernmeldekontakt mit dem Ausland mit der Möglichkeit einer Erfassung rechnen, dass er dann tatsächlich erfasst werde, werde aber nur selten der Fall sein.

d) Selbst innerhalb des internationalen nicht leitungsgebundenen Telekommunikationsverkehrs wurde die Erfassung weiter durch den Umstand gemindert, dass damals der so genannte Uplink technisch nur begrenzt beobachtet werden konnte, im Wesentlichen also nur der so genannte Downlink aufgefangen wurde.<sup>68</sup> Zwar hat das *BVerfG* in der angeführten Entscheidung die noch im Jahre 1984, als sich das *BVerfG* erstmals mit der strategischen Überwachung durch den Bundesnachrichtendienst befasst und die Beeinträchtigung als relativ gering eingestuft hatte,<sup>69</sup> zu Grunde gelegten Annahmen als überholt erachtet, gleichwohl hat es auf die nach wie vor geringe Belastungsintensität im Hinblick auf die Beschränkungen des Telekommunikationsgeheimnisses hingewiesen. Im Jahre 1984 hatte das *BVerfG* das Gewicht der Grundrechtsbeeinträchtigungen aus folgenden Gründen als relativ gering eingestuft:<sup>70</sup> Die strategische Überwachung wurde damals im Jahre 1984 als verhältnismäßig erachtet, weil sie ausschließlich einem besonders gewichtigen Zweck, nämlich der Verhütung eines bewaffneten Angriffs auf die Bundesrepublik diene; die Wahrscheinlichkeit, von der Kontrolle betroffen zu werden, für den Einzelnen äußerst gering wäre und diesen im Falle der Betroffenheit wegen der prinzipiell gewährten Anonymität der Kommunikationspartner nur geringfügig belastete. Auch wenn diese Annahmen nicht mehr zuträfen, sei im Hinblick auf die im Jahre 1999 anzutreffende Praxis von keiner unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des Telekommunikationsgeheimnisses auszugehen.<sup>71</sup> Nach diesem Stand der Dinge gelangten täglich rund 15.000 Telekommunikationsverkehre in die Umwandlungsgeräte des BND. 14.000 davon wurden auf der Grundlage der Rechtsansicht, Art. 10 GG und das G10 griffen nicht, der allgemeinen Aufgabenzuweisung des § 1 BND-Gesetz zugeordnet. Relevant für die G10-Regelung blieben etwa 700 Verkehre, 70 davon enthielten Suchbegriffe und wurden von Mitarbeitern des BND bearbeitet, 20 davon erschienen einschlägig und kämen in die Auswertung.<sup>72</sup> Das *BVerfG* betont aber schon im damaligen Zusammenhang, dass diese damals festzustellende Erfassungsbegrenzung nicht gesetzlich vorgegeben, sondern vor allem durch die vorhandenen technischen und personellen Kapazitäten bedingt und daher ohne Rechtsverstoß ausweitbar gewesen sei.<sup>73</sup>

58 Siehe insbes. Urt. v. 8.4.2014 – C-293/12 und C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 = NVwZ 2014, 709 = NJW 2014, 2169 – Seitlinger u. a.

59 *EuGH*, C-293/12 und C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 = NVwZ 2014, 709 = NJW 2014, 2169 Rn. 57 – Seitlinger u. a.

60 *EuGH*, C-293/12 und C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 = NVwZ 2014, 709 = NJW 2014, 2169 Rn. 58 – Seitlinger u. a.

61 *EuGH*, C-293/12 und C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 = NVwZ 2014, 709 = NJW 2014, 2169 Rn. 59/60 – Seitlinger u. a.

62 *EuGH*, C-293/12 und C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 = NVwZ 2014, 709 = NJW 2014, 2169 Rn. 92 – Seitlinger u. a.

63 *EuGH*, C-293/12 und C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 = NVwZ 2014, 709 = NJW 2014, 2169 Rn. 93 – Seitlinger u. a.

64 Entscheidung v. 4.12.2015, App. No. 47143/06, MMR-Aktuell 2016, 375935.

65 Siehe auch die Entsch. des *EGMR* in der Rechtssache Szabó und Vissy vs. Ungarn vom 12.1.2016, App. No. 37138/14.

66 *BVerfGE* 100, 313 (375 ff.) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls..

67 *BVerfGE* 100, 313 (376/7) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

68 *BVerfGE* 100, 313 (377) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

69 *BVerfGE* 67, 157 = NJW 1985, 121.

70 *BVerfGE* 67, 157 (174 ff.) = NJW 1985, 121.

71 *BVerfGE* 100, 313 (378 ff.) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

72 Siehe *BVerfGE* 100, 313 (380) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

73 *BVerfGE* 100, 313 (380) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

e) Das *BVerfG* gelangt nach alledem in der Entscheidung vom 14.7.1999 zu dem Ergebnis, dass die strategische Überwachung auf der Grundlage des § 3 G10 aF im Wesentlichen noch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprach, wobei die dargelegte Begrenzung der Überwachung und Aufzeichnung eine entscheidende Rolle spielte.<sup>74</sup> Auf der anderen Seite ist auch schon damals auf die besondere Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung durch die strategische Telekommunikationsüberwachung hingewiesen worden. So könne jeder Teilnehmer am internationalen Kommunikationsverkehr den Überwachungsmaßnahmen ausgesetzt sein, „ohne dass dies mit seinem Verhalten in irgendeiner Weise in Beziehung gebracht werden könnte oder durch ihn veranlasst wäre“.<sup>75</sup> Ferner würden inhaltlich die Kommunikationsbeiträge in jeder Art in vollem Umfang erfasst. Eine Kenntnisnahme durch Mitarbeiter des Bundesnachrichtendienstes sei dabei nicht ausgeschlossen.<sup>76</sup>

In diesem Zusammenhang hat das *BVerfG* es für beachtlich angesehen, dass die Suchbegriffe die ihnen vom Gesetzgeber zugedachte Funktion, den menschlichen Zugriff auf das erlangte Material entbehrlich zu machen, bis der Abgleich stattgefunden habe, auf Grund des Standes der Technik nur unvollkommen erfüllen könnten.<sup>77</sup> Das Gericht hat damals auch darauf hingewiesen, dass bei der Intensität des Grundrechtseingriffs die fehlende Anonymität der Kommunikationsteilnehmer ins Gewicht falle. Der Personenbezug der Erkenntnisse bleibt nicht auf die Erfassungs- und Aufzeichnungsphase beschränkt, er werde vielmehr in der Praxis aufrechterhalten.<sup>78</sup>

f) Alles in allem kam das *BVerfG* zu der Feststellung, dass die objektiv zu erwartenden oder zu befürchtenden Nachteile schon mit der Kenntnisnahme eintreten. Schon diese Befürchtung einer Überwachung mit der Möglichkeit einer Aufzeichnung, späteren Auswertung, etwaigen Übermittlung und weiteren Verwendung durch andere Behörden könne im Vorfeld zu einer Befangenheit in der Kommunikation, zu Kommunikationsstörungen und zu Verhaltensanpassungen, hier insbesondere zur Vermeidung bestimmter Gesprächsinhalte oder Termini führen.<sup>79</sup> Dabei geht es nicht nur um die individuelle Beeinträchtigung einer Vielzahl einzelner Grundrechtsträger, die heimliche Überwachung des Fernmeldeverkehrs betreffe auch die Kommunikation der gesamten Gesellschaft.<sup>80</sup> Dies veranlasste das *BVerfG* zu der Feststellung: Selbst wenn es um Abwehr großer Gefahren gehe, könne eine Überwachung der Telekommunikation zu Zwecken der Auslandsaufklärung ohne jede Voraussetzungen und Begrenzungen verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden.<sup>81</sup> Für das Gericht war damals entscheidend, dass das Gesetz auf solche einschränkende Voraussetzungen im § 3 I und II G10 aF nicht verzichtet, sondern durch bestimmte materielle Kriterien und verfahrensrechtliche Sicherungen für solche wesentlichen Einschränkungen Sorge getragen hat.<sup>82</sup> Maßgeblich war überdies, dass die Zahl der erfassten Telekommunikationsbeziehungen zwar nicht gering, verglichen mit der Gesamtzahl aller oder auch nur der internationalen Fernmeldekontakte aber vergleichsweise niedrig wäre. In diesem Zusammenhang stellte das *BVerfG* im Urteil vom 14.7.1999 vor allem auf das in § 3 II 2 G10 aF enthaltene Verbot der gezielten Überwachung bestimmter individueller Anschlüsse ab. „Ohne ein solches Verbot wäre die Verhältnismäßigkeit angesichts der Verdachtslosigkeit der Eingriffe, der Breite der erfassten Fernmeldekontakte und der Identifizierbarkeit der Beteiligten nicht gewahrt“.<sup>83</sup> Über die Verhältnismäßigkeit von § 3 II 3 G10 aF, der eine entscheidende Ausnahme von diesem Verbot normierte und der jetzt im § 5 II 3 G10

geltender Fassung eine Nachfolgebestimmung gefunden hat, hat das *BVerfG* ausdrücklich nicht entschieden. Die Beschwerdeführer des damaligen Verfahrens,<sup>84</sup> deren Verfassungsbeschwerde für zulässig erachtet worden war, waren von dieser Vorschrift unzweifelhaft nicht betroffen.

## 7. Kompensatorischer Schutz?

Die materiellen, aus der Verfassung folgenden Eingriffsschranken, die jedes die Telekommunikationsfreiheit beschränkende Gesetz zu beachten hat, insbesondere die aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgenden Schranken werden nicht dadurch aufgehoben oder abgeschwächt, dass eine Kontrolle durch ein unabhängiges, parlamentarisch bestelltes Gremium vorgesehen ist. Wenn in der Rechtsprechung hier teilweise von einem „kompensatorischen Grundrechtsschutz“<sup>85</sup> die Rede ist, so kann sich diese „Kompensation“ nicht auf die materiellen Eingriffsschranken, sondern allein auf die Einschränkungen im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 IV GG beziehen. Nach Art. 10 II 2 GG kann das die Freiheiten des Art. 10 I GG beschränkende Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen bestimmen, dass die Beschränkungen den Betroffenen nicht mitgeteilt werden und dass an die Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt. Dementsprechend ist auch im Art. 19 IV 3 GG ein entsprechender Vorbehalt aufgenommen worden.

Die parlamentarische oder parlamentarisch verantwortete Kontrolle der Freiheitsbeschränkungen dient der „Kompensation“ eines weitgehenden Fehlens gerichtlicher Kontrolle, die nicht zuletzt auf Grund der Heimlichkeit der Eingriffe besteht. Die materiellen, verfassungsrechtlichen Eingriffsschranken bleiben selbstverständlich davon unberührt. Alles andere wäre ein Freibrief zu unbeschränkter Freiheitsbeschränkung, so sie nur unter der Kontrolle des Parlaments oder eines parlamentarisch bestellten Gremiums erfolgte. Dies ist eine im Hinblick auf Art. 1 III GG, der alle staatliche Gewalt, einschließlich der parlamentarischen Gewalt, bindet, eine abwegige Vorstellung.

Daher kommt es im vorliegenden Zusammenhang auch gar nicht mehr auf die Frage an, ob die Kontrolle durch die G10-Kommission nach dem gegenwärtigen Stand der Sach- und Rechtslage überhaupt eine effektive Kontrolle vorzunehmen in der Lage ist. Auch eine umfassende und höchst effektive Kontrolle könnte in keinem Fall materiell-grundrechtswidrige Beschränkungen des Grundrechts aus Art. 10 I GG kompensieren, so wenig wie dies eine richterliche Kontrolle vermochte.

## V. Beschränkungen am Internetknotenpunkt

Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die vorstehend genannten gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Anforderungen an Beschränkungsmaßnahmen in Ansehung der bei den Internetknotenpunkten durchgeführten Beschränkungen des Telekommunikationsgeheimnisses gewahrt sind bzw. überhaupt erfüllt werden können.

74 *BVerfGE* 100, 313 (375 ff.) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

75 *BVerfGE* 100, 313 (380) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

76 *BVerfGE* 100, 313 (380) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

77 *BVerfGE* 100, 313 (380) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

78 *BVerfGE* 100, 313 (381) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

79 *BVerfGE* 100, 313 (381) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

80 *BVerfGE* 100, 313 (381) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

81 *BVerfGE* 100, 313 (383) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

82 *BVerfGE* 100, 313 (383 f.) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

83 *BVerfGE* 100, 313 (384) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

84 *BVerfGE* 100, 313 (384) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

85 Siehe *BVerwGE* 149, 359 = NVwZ 2014, 1666 Rn. 40.

## 1. Verpflichtete Betreiber

Die Beschränkungsmaßnahmen nach § 5 G10 bedürfen einer Anordnung, für die im Hinblick auf die Beschränkungsmaßnahmen des BND das Bundesministerium des Inneren zuständig ist (§ 10 I G10). Die Anordnung ist dem nach § 2 I 1 oder 3 G10 Verpflichteten mitzuteilen, soweit dies erforderlich ist, um ihm die Erfüllung seiner Verpflichtungen zu ermöglichen (§ 10 VI G10). Nach § 2 I G10 ist verpflichtet, Beschränkungsmaßnahmen zu dulden, wer geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt (§ 2 I 1 G10). Der Betreiber des Internetknotenpunktes DE-CIX stellt keine technische Infrastruktur im engeren Sinne bereit, die den internationalen leitungsgebundenen TK-Beziehungen unmittelbar dient. Insbesondere werden keine leitungsgebundenen Übertragungswege oder Bandbreiten für internationale TK-Verkehre im Sinne des Gesetzes zur Verfügung gestellt. Die vom DE-CIX betriebene technische Infrastruktur dient ausschließlich der Verbindung der Netze der Teilnehmer (ISP oder Netzbetreiber) und weist keine Telekommunikationsanschlüsse auf. Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit ist damit nicht DE-CIX selbst, dies sind vielmehr die Geschäftskunden von DE-CIX.

Damit stellt sich die Frage, ob die Betreiberin des Internetknotenpunktes DE-CIX überhaupt als Verpflichtete iSv § 10 VI iVm § 2 I 1 G10 angesehen werden kann. Da § 2 I G10 nicht nur von den Anbietern der Telekommunikationsdienste, sondern auch von denen spricht, die an der Erbringung solcher Dienste mitwirken, dürften die Betreiber der Internetknotenpunkte wie die *DE-CIX GmbH* formal zu dem Kreis der nach dem Gesetz potenziell Verpflichteten gehören.

## 2. Träger des Grundrechts aus Art. 10 GG

Nach den obigen Ausführungen kann sich die Betreiberin eines solchen Internetknotenpunktes auch auf das Grundrecht des Schutzes des Telekommunikationsgeheimnisses aus Art. 10 I GG berufen, denn Art. 10 I GG schützt die Vertraulichkeit der Telekommunikationsverkehre nicht nur im Interesse der unmittelbar am Telekommunikationsverkehr Beteiligten, sondern auch im Interesse derer, die diese Dienste anbieten, vermitteln oder sonst an der Erbringung der Dienstleistung unmittelbar beteiligt sind. Es ist bereits dargestellt worden, dass selbst dann, wenn man einer engeren Auffassung vom personellen Schutzbereich des Art. 10 I GG folgte, die Diensteanbieter sich jedenfalls auf das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG berufen könnten, der hier iVm Art. 10 I GG eine Verstärkung erführe. Die materiellen Gewährleistungen wären daher keine anderen als bei unmittelbarer Geltung des Art. 10 I GG. Als inländische juristische Person kann sich die *DE-CIX GmbH* selbstverständlich auf die Grundrechte des Art. 10 I bzw. des Art. 12 I GG berufen (Art. 19 III GG).

## 3. Unterscheidbarkeit der Telekommunikationsverkehre

a) An einem Internetaustauschknoten der *DE-CIX GmbH* kann nicht zwischen nationalen und internationalen Telekommunikationsbeziehungen bzw. -verkehren differenziert werden. Vielmehr vermittelt der DE-CIX im Regelfall Verkehrsströme zwischen sich im Inland befindlichen Kommunikationssystemen. Eine Qualifizierung der Verkehre nach den verschiedenen Verkehrstypen (Inlandsverkehre, Inland-Auslandsverkehre, reine Transitverkehre, Binnenverkehre im Ausland) erfordert eine zum Zweck dieser Vermittlung nicht

erforderliche Inhaltsanalyse der Verkehrsströme, die für die Funktion eines Internetaustauschknotens wie dem DE-CIX nicht erforderlich ist und seitens des Betreibers auch aus technischen und rechtlichen nicht vorgenommen werden kann bzw. darf. Demgemäß ist davon auszugehen, dass von der Durchführung der strategischen Beschränkungsmaßnahmen am DE-CIX im Regelfall sowohl Inlandsverkehre, Auslandsverkehre als auch Transitverkehre betroffen sind.

b) Diese Beschränkungsmaßnahmen dürften deswegen unter verschiedenen Gesichtspunkten nicht nur mit dem geltenden Gesetzesrecht, sondern vor allem auch mit dem höherrangigen Verfassungsrecht unvereinbar sein.

Geht man von der eigenen Rechtsauffassung der Bundesregierung aus, wonach der Geltungsbereich des G10 ausschließlich Telekommunikationsverkehre von und nach Deutschland erfasst, der BND Fernmeldeaufklärung im Ausland dagegen in weit stärkerem Maße jenseits des Geltungsbereichs des G10 allein auf der Grundlage des BND-Gesetzes durchführe, ist der Rechtsverstoß nach der hier vertretenen und in der Literatur weitestgehend geteilten Auffassung ziemlich offenkundig. Denn für die Beschränkungsmaßnahmen bei den Ausland-Ausland-Verkehren fehlt es dann derzeit an einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Eingriffsermächtigung überhaupt. Wenn und soweit die hier in Rede stehenden Beschränkungsmaßnahmen gegenüber den Internetknotenpunkten zwangsläufig die reinen Ausland-Ausland-Verkehre erfassen, sind sie schon mangels gesetzlicher Grundlage nicht rechtmäßig. Selbst wenn man für die reinen Auslandsverkehre auf § 5 G10 als Ermächtigunggrundlage zurückgreifen wollte, wäre diese Vorschrift insoweit mit Art. 10 GG unvereinbar. Sie genüge nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben für Grundrechtsbeschränkungen in materieller Hinsicht. Der Gesetzgeber muss hier geeignete, normenklare und bereichsspezifische Eingriffsgrundlagen für die Beschränkungsmaßnahmen des BND schaffen, die vor allem dem aus Art. 1 I GG resultierenden Kernbereichsschutz sowie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen (s. auch unten d). Die derzeitige Beschränkungspraxis ist – wie bereits ausgeführt – verfassungsrechtlich nicht weiter tragbar.

c) Wenn und soweit die Beschränkungsmaßnahmen des BND, die hier Gegenstand der Beurteilung sind, auch die rein nationalen Telekommunikationsverkehrsbeziehungen erfassen, sind die gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen des § 5 I G10 nicht erfüllt. Dies dürfte offenkundig sein. Denn der setzt nach seinem eindeutigen Wortlaut internationale Telekommunikationsbeziehungen als Gegenstand von Beschränkungsmaßnahmen nach § 5 G10 voraus. Rein nationale bzw. inländische Telekommunikationsverkehre gehören dazu un- zweifelhaft nicht.

d) Aber auch soweit die hier zu beurteilenden Beschränkungsmaßnahmen des BND ausschließlich Telekommunikationsverkehre von und nach Deutschland betreffen bzw. erfassen, wäre dies rechtlich zu beanstanden. Grundsätzlich gilt nach § 5 II G10 für die Beschränkungen von Telekommunikationsbeziehungen internationaler Art das Verbot, Suchbegriffe zu verwenden, welche Identifizierungsmerkmale enthalten, die zu einer gezielten Erfassung bestimmter Telekommunikationsanschlüsse führen (§ 5 II 2 Nr. 1 G10). Es muss ferner gewährleistet sein, dass der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung nicht betroffen ist (§ 5 II 2 Nr. 2 G10). Diese Regelungen sind Ausfluss oder Folge der verfassungsrechtlichen Anforderungen eines Kernbereichsschutzes, der aus der Menschenwürde folgt, sowie des allgemeinen Verhältnis-

mäßigkeitsgrundsatzes. Allerdings bestimmt § 5 II 3 G10, dass diese Einschränkungen nicht für Telekommunikationsanschlüsse im Ausland gelten sollen, sofern ausgeschlossen werden kann, dass Inhaber oder regelmäßige Nutzer deutsche Staatsangehörige sind und diese Anschlüsse gezielt erfasst werden. Diese Ausnahmeregelung des Gesetzes ist bereits oben für unvereinbar mit Art. 10 I GG erachtet worden, da sie nicht berücksichtigt, dass Art. 10 I GG ein Menschenrecht ist und sein personaler Schutzbereich nicht auf deutsche Staatsangehörige beschränkt ist.

Der verfassungsrechtlich notwendige Schutz des Menschenwürdekerns des Art. 10 I GG iVm Art. 1 I GG sowie die aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgenden Schranken-Schranken des Art. 10 GG müssen daher auch in Bezug auf Ausländer gewahrt werden. Insofern ist eine unterschiedliche Behandlung von Inländern und Ausländern verfassungsrechtlich nicht tragbar. Sie verstieße auch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 I GG; soweit es um Angehörige der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union geht, auch gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 18 I AEUV. Demgemäß ist von der Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit des § 5 II 3 G10 auszugehen. Beschränkungsmaßnahmen, die gleichwohl diese Vorschrift zu Grunde legen und demgemäß auch gezielt Anschlüsse von Ausländern im Ausland im Rahmen der strategischen Fernmeldeaufklärung erfassen, sind daher insoweit rechtswidrig. Das gilt auch, soweit für jene Teilnehmer der Kommunikationsverkehre ein Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung von Gesetzes wegen nicht gewährleistet ist.

e) Wenn und soweit eine Ausleitung der Telekommunikationsverkehre eines von der Anordnung erfassten und betroffenen ISP vollumfänglich erfolgt, erlangte der BND zunächst den gesamten Telekommunikationsverkehr, inklusive aller rein nationalen Anteile und führte dann eine Analyse und Bewertung dieser Verkehre durch. Dies könnte indes eine alle Grenzen überschreitende Erfassung der Telekommunikationsverkehre am Internetaustauschknoten verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen.

Wie bereits dargestellt, liegt nach der Rechtsprechung des *BVerfG*<sup>86</sup> ein Eingriff in die von Art. 10 I GG geschützte Vertraulichkeit der Kommunikation bereits dann vor, wenn die Telekommunikationsverkehre von der überwachenden Stelle erfasst werden, sofern die Kommunikation für diese Stelle verfügbar gemacht und etwa die Basis eines nachfolgenden Abgleichs mit den Suchbegriffen bildet. Nachträgliche Sicherungsmaßnahmen behördeninterner Art vermögen die zunächst bestehende Grenzenlosigkeit der Erfassung nachträglich nicht zu legitimieren. Es fehlt an der hinreichenden rechtlichen Absicherung jener Sicherungen und wohl auch an der tatsächlichen Wirksamkeit.

Das bezieht sich auch auf die geografische Eingrenzung der zu erfassenden Telekommunikationsströme. Bekanntermaßen können IP-Adressen, Country, *Code-Domains* in E-Mail-Adressen, Dienste und Suchbegriffe nur unzureichend zu einer Eingrenzung auf ein geografisches Gebiet beitragen. So wird man etwa davon auszugehen haben, dass beispielsweise bei einer Filterung anhand von IP-Adressen allenfalls eine Genauigkeit von 90 % bis 95 % hinsichtlich der geografischen Zielregion erreicht werden kann. Daher stellen sich durchaus Fragen nach der Qualität, Quantität und Genauigkeit dieser (Filter-)Systeme. Auch wenn die Anordnung von Beschränkungsmaßnahmen die geografische Zielregion benennen sollte, kann diese aber nur für physikalische Leitungswege klar definiert werden. Für die so genannten paketver-

mittelten Kommunikationswege sind diese Zielregionen indes allenfalls im Nachhinein durch eine – wie eben ausgeführt ungenaue und möglicherweise fehlerbehaftete, von einem Internetaustauschpunkt wie dem DE-CIX aus technischen Gründen gar nicht durchführbare – Filterung der Verkehre abgrenzbar.

#### 4. Quantitative Begrenzungen

a) Für die an den Internetaustauschpunkten ansetzenden Beschränkungen des Telekommunikationsgeheimnisses bleibt aber auch eine weitere gesetzliche Limitierung der Erfassung offensichtlich wirkungslos. Nach § 10 IV 4 G10 darf in Fällen des § 5 G10 der Anteil der auf den Übertragungswegen zur Verfügung stehenden Übertragungskapazität höchstens zwanzig vom Hundert betragen. Diese Einschränkung des Gesetzgebers ist auf die vom *BVerfG* verlangten, verfassungsrechtlich gebotenen sachlichen Limitierungen der strategischen Telekommunikationsüberwachung zurückzuführen. Das *BVerfG* hatte in der Entscheidung im Jahre 1999<sup>87</sup> die nach damaligem Recht mögliche strategische Telekommunikationsüberwachung unter anderem deshalb mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar erklärt, weil diese Überwachung nur einen Bruchteil der gesamten Telekommunikationsverkehre erfasse. Diese Überwachung war nach damaligem Recht auf die nicht leitungsgebundene Übertragung begrenzt, die damals ungefähr einen Anteil an der insgesamt geführten internationalen Telekommunikation iHv 10 % ausmachte. Als der Gesetzgeber mit der Neuregelung der strategischen Telekommunikationsüberwachung die Begrenzung auf die nicht leitungsgebundenen Verkehre aufgab, sah er sich zu Recht veranlasst, eine sachliche Begrenzung vorzusehen.

b) Gemäß § 10 IV G10 muss daher das zuständige Bundesministerium in der Anordnung festlegen, welcher Anteil der auf den festgelegten Übertragungswegen zur Verfügung stehenden Übertragungskapazität überwacht werden darf; dieser Anteil darf in den Fällen des § 5 G10 höchstens zwanzig vom Hundert betragen. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der IP-Verkehr nicht mit den leitungsgebundenen Verkehren zu vergleichen ist. Die Regelungen des G10 zur Leitungskapazität sind vor dem Hintergrund technischer Systeme zu verstehen, die eine klar definierte Anzahl von gleichzeitigen Telekommunikationsbeziehungen ermöglichen, dabei aber keinen direkten Rückschluss auf die Anzahl der derzeit konkret belegten Kanäle ermöglichen. In derartigen Systemen waren Regelungen zur Erfassung auf der Basis der Leitungskapazität sinnvoll, um eine automatische Bearbeitung zu ermöglichen. Auch waren die geografischen Enden der Leitungswege bekannt, eine Zielregion konnte also eindeutig bestimmt und benannt werden.

Moderne paketvermittelte Systeme haben indes eine völlig andere Funktionsweise. Im Prinzip werden kleine Stücke der Kommunikationsbeziehungen hintereinander auf ein und demselben Leitungsweg übertragen, welcher dabei entweder voll (100 %) oder leer (0 %) ist. Zur Betrachtung einzelner Verkehrsbeziehungen werden alle Verkehre ausgeleitet, den einzelnen Kommunikationsbeziehungen zugeordnet und sodann eine Analyse der Inhalte vorgenommen. Erst nach dieser Zuordnung können sinnvoll Prozentanteile der Kommunikation (etwa von 20 %) angegeben bzw. betrachtet werden. Zudem kann versucht werden, Ausgangspunkt und Ziel der

86 *BVerfGE* 100, 313 (380) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

87 *BVerfGE* 100, 313 (376/7) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.

Kommunikation zu ergründen und diese geografisch einzuordnen und dann zu filtern.

Regelungen oder Angaben auf der Basis von theoretischen Leitungskapazitäten erscheinen daher in paketorientierten Übertragungssystemen nicht sinnvoll. Vielmehr müssten Angaben auf der Basis eines Prozentanteils der totalen Paketzahl oder – dem hinter der strategischen Überwachung stehenden Gedanken besser folgend – auf der Basis eines Prozentanteils des jeweiligen Kommunikationstyps (etwa 20 % Sprache, 20 % E-Mail, 20 % Chat etc) erfolgen.

## 5. Abschließende rechtliche Beurteilung

a) Aus alledem folgt, dass bei Durchführung von strategischen Überwachungsmaßnahmen nach § 5 G10 an einem Internetaustauschpunkt wie dem des DE-CIX die im Gesetz vorgesehenen Limitierungen aus rechtlichen und praktischen Gesichtspunkten nicht hinreichend greifen. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass eine IP-basierte bzw. paketvermittelte Telekommunikation unter technischen Gesichtspunkten nicht vergleichbar ist mit den Gegebenheiten einer klassischen leitungsgebundenen Übertragung. Damit sind die auf den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zurückzuführenden und vom *BVerfG* daher zu Recht geforderten Begrenzungen der strategischen Telekommunikationsüberwachung durch den Bundesnachrichtendienst, wie sie im § 5 G10 bzw. § 10 G10 geltender Fassung geregelt sind, bei einer Durchführung der Beschränkungen an einem Internetaustauschpunkt ziemlich wirkungslos. Werden sie vom Bundesnachrichtendienst dort unter Heranziehung des G10 in seiner geltenden Fassung vorgenommen, sind sie auf Grund der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten nahezu unvermeidbar mit den verfassungsrechtlichen Schranken-Schranken, insbesondere mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unvereinbar. Es fehlen hinreichende rechtliche, bei den vorliegenden Gegebenheiten wirklich greifende und effiziente Regelungen zur Limitierung der strategischen Telekommunikationsüberwachung durch den Bundesnachrichtendienst. Selbst wenn derzeit Eingriffsbeschränkungen aus Gründen begrenzter personeller und sachlicher Kapazitäten beim Bundesnachrichtendienst bestehen sollten, genügte dies den Anforderungen einer hinreichenden *rechtlichen* Sicherung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung und vor allem der Verhältnismäßigkeit der Eingriffe in die Integrität und Vertraulichkeit der Telekommunikationsverkehre nicht.

b) Dies gilt erst recht in Ansehung der internationalen Telekommunikationsverkehre, die sich auf die Ausland-Ausland-Verkehre bzw. auf die ausländischen Binnenverkehre beziehen, denn hier fehlen gesetzliche Regelungen der Eingriffsbefugnisse überhaupt und damit auch alle normativen Limitierungen. Wenn es in der amtlichen Begründung zum Entwurf der die Neuregelung der strategischen Telekommunikationsüberwachung betreffenden gesetzlichen Regelung heißt, auch die erweiterte Befugnis unterläge in ihrer Ausübung faktischen Grenzen, gesetzt durch geografische und technische Vorgegebenheiten, so ist dies sicher einleuchtend.

„Bedingt durch sein beschränktes Operationsgebiet und seine beschränkten Aufklärungskapazitäten wird der Bundesnachrichtendienst stets nur einige wenige internationale Übertragungsstränge überwachen können; er muss sich entscheiden, welche ihm unter nachrichtendienstlichen Gesichtspunkten potenziell ergiebig erscheinen. Niemals werden alle relevanten Kommunikationen in die ausgewählten Übertragungsstränge gelangen; welche es sind, hängt von technisch bedingten Übertragungskapazitäten ab. Dieses Prinzip gilt sowohl für die satelliten- als auch für die kabelgestützte Übertragung. Da nun in Lichtwellenleiter erheblich mehr Telekommunikationen gleichzeitig übertragen werden

können als über Satellit, ist die Wahrscheinlichkeit, im Lichtwellenleiter vom Bundesnachrichtendienst erfasst zu werden, nochmal geringer.“<sup>88</sup>

Dies alles mag zutreffen und den Realitäten entsprechen. Gleichwohl verlangt der verfassungsrechtliche Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses, dass der Gesetzgeber selbst hinreichend rechtlich gesicherte und durchsetzbare, bereichsspezifische und normenklare Regelungen trifft, die gewährleisten, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen der der deutschen öffentlichen Gewalt rechtlich möglichen Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 10 I GG gewahrt werden. Allein auf die – derzeitigen – Begrenztheiten der Kapazitäten der Nachrichtendienste zu setzen, ist keine Rechtfertigungsgrundlage.

c) Die vorstehenden Erörterungen haben ergeben, dass bei einer Ausleitung an einem Datenaustauschpunkt wie dem des DE-CIX sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht nicht sichergestellt werden kann, dass zum einen die einfach-gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen gewahrt werden. Zum anderen werden auf Grund der Tiefe und Breite der Eingriffe in das Telekommunikationsgeheimnis auch die verfassungsrechtlichen Eingriffsschranken, insbesondere das Erfordernis einer normenklaren und bereichsspezifischen Ermächtigungsgrundlage, der absolute Schutz des Menschenwürdekerns des Art. 10 I GG iVm Art. 1 I GG sowie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, missachtet bzw. überschritten. Deshalb sind die Zugriffe des BND auf den Datenaustauschpunkt insgesamt rechtswidrig. In diesem Zusammenhang ist nur ergänzend zu erwähnen, dass eine Überwachung bei den Anbietern internationaler Leitungen eine weitaus geringere Eingriffsintensität aufwies, die zielgerichteter und fokussierter internationale Telekommunikationsverkehre sowohl unter geografischen Gesichtspunkten als auch hinsichtlich des Anteils der zu überwachenden Kommunikation betreffen würde.

## VI. Weitergabe der Daten

### 1. Vorliegen eines Grundrechtseingriffs

Zusätzliche rechtliche Probleme entstehen im Falle einer Weitergabe der im Inland erfassten Kommunikationsverkehre. Denn auch solche Weitergaben müssen anhand des Grundrechts aus Art. 10 GG überprüft werden. Der sachliche Schutzbereich des Art. 10 I GG ist nämlich nicht auf den ersten Zugriff begrenzt, mit dem die öffentliche Gewalt von Telekommunikationsvorgängen oder Telekommunikationsinhalten Kenntnis nimmt bzw. diese erfasst. Auch die weiteren Vorgänge der Speicherung, Weiterleitung und Verarbeitung stellen je eigene Eingriffe in das Grundrecht des Art. 10 GG dar.<sup>89</sup> Für die Übermittlung von Daten, die durch Eingriffe deutscher Behörden in das Telekommunikationsgeheimnis erlangt worden sind, an ausländische öffentliche Stellen ist deshalb eine eigenständige bereichsspezifische normenklare gesetzliche Ermächtigung im deutschen Recht zu verlangen. Sie setzt auch eine Sicherstellung voraus, dass die weitere Verwendung der so erlangten Daten durch die ausländischen Stellen in einer adäquaten rechtsstaatlichen Art und Weise erfolgt.

### 2. Verfassungsrechtliche Bedenken

In diesem Sinne bestimmt § 7 a I G10, dass der Bundesnachrichtendienst durch Beschränkungen nach § 5 I 3 Nrn. 2, 3 und 7 G10 erhobene personenbezogene Daten an die mit

<sup>88</sup> BT-Drs. 14/5655, 18.

<sup>89</sup> Siehe *BVerfGE* 100, 313 (359) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.; *BVerfGE* 125, 260 (309 f.) = NJW 2010, 833.

nachrichtendienstlichen Aufgaben betrauten ausländischen öffentlichen Stellen übermitteln darf, soweit unter anderem überwiegende schutzwürdige Interessen des Betroffenen nicht entgegenstehen, insbesondere in dem ausländischen Staat ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleistet ist, sowie davon auszugehen ist, dass die Verwendung der Daten durch den Empfänger in Einklang mit grundlegenden rechtsstaatlichen Prinzipien erfolgt (§ 7 a I 1 Nr. 2 G10). Diese Ermächtigungsgrundlage bezieht sich nach ihrem eindeutigen Wortlaut auf personenbezogenen Daten, die Übermittlungsbefugnis des BND beschränkt sich mithin auf konkrete Erkenntnisse aus der strategischen Überwachung. Damit dürfte eine umfassende oder eventuell sogar automatisierte Weitergabe der von der Überwachung erfassten Telekommunikationsverkehre nicht erfasst sein. Soweit ausländische Dienste dem BND Selektorenlisten bereitstellen und diese Selektoren vom BND eingesetzt werden, um so gewonnene Daten an ausländische Dienste weiterzugeben, ist dies sehr problematisch. Dieser Einsatz von Selektoren, die von ausländischen Stellen zur Verfügung gestellt werden, ist ohne eine Bewertung der auf der Basis dieser Selektoren erlangten Ergebnisse nach § 7 a I G10 sowie gemäß den verfassungsrechtlichen Anforderungen an und Begrenzungen von Eingriffsermächtigungen nicht zulässig.

## VII. Wesentliche Ergebnisse

1. Zugriffe des Bundesnachrichtendienstes auf einen Datenaustauschpunkt wie den DE-CIX sind insgesamt rechtswidrig.
2. Bei einer Ausleitung an einem Datenaustauschpunkt wie dem des DE-CIX kann sowohl in rechtlicher wie auch in tatsächlicher Hinsicht nicht sichergestellt werden, dass die einfach-gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen gewahrt werden.
3. Auf Grund der Tiefe und Breite der Eingriffe in das Telekommunikationsgeheimnis werden auch die verfassungsrechtlichen Eingriffsschranken, insbesondere das Erfordernis einer normenklaren und bereichsspezifischen Ermächtigungsgrundlage, der absolute Schutz des Menschenwürdekerns des Art. 10 I GG iVm Art. 1 I GG sowie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, missachtet und überschritten.
4. Der verfassungsrechtliche Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses nach Art. 10 I GG bindet grundsätzlich die deutsche öffentliche Gewalt, mithin auch den Bundesnachrichtendienst, unabhängig davon, ob die Telekommunikationsbeziehungen von Inländern oder Ausländern, im Inland oder Ausland betroffen sind. Der Gesetzgeber hat demgemäß das Recht der Telekommunikationsbeschränkungen durch den Bundesnachrichtendienst neu zu regeln und dabei den umfassenden personellen und räumlichen Geltungsbereich des Art. 10 GG zu beachten. Seine bisherigen Regelungen im G10-Gesetz gehen von einer Restriktion des Grundrechtsschutzes aus Art. 10 GG aus, die in der Verfassung keine Grundlage findet. ■