

Rechtsprechung ÖR

Prof. Dr. Robert Uerpmann-Witzack*

Der offene Rechtsstaat und seine Freunde

Das Urteil des BVerfG zur strategischen Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung

<https://doi.org/10.1515/jura-2020-2536>

Der Erste Senat zeichnet das Bild eines offenen Rechtsstaats, der auch bei auswärtigem Handeln rechtlich gebunden bleibt. Zugleich konsolidiert das Gericht die Rechtsprechung zu heimlichen Grundrechtseingriffen, die deshalb besonders gefährlich sind, weil sie den Rechtsschutz als zentrales Element der Rechtsstaatlichkeit zu unterlaufen drohen. Dem muss mit geeigneten prozessualen, materiell- und verfahrensrechtlichen Schutzvorkehrungen Rechnung getragen werden. Schließlich begreift das BVerfG das GG und seine eigene Rechtsprechung konsequent als Teil eines gemeineuropäischen und in Teilen sogar universellen Rechtsdiskurses.

Stichwörter: *Auslandsgeltung, Europäisierung, Internationalisierung, Internetüberwachung, Telekommunikationsüberwachung, Rechtsweggarantie*

I. Einleitung

Mit Urteil vom 19. 5. 2020 hat der Erste Senat des BVerfG der Bundesgesetzgebung aufgegeben, die Regelungen des Gesetzes über den Bundesnachrichtendienst (BNDG) über die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung grundsätzlich neu und vor allem viel präziser zu fassen. Dafür hat er eine Frist bis Ende 2021 gesetzt.¹ Jenseits der vielen technischen Details ist das Urteil aus mindestens drei Perspektiven auch für die juristische Ausbildung wichtig. Im Bereich der allgemeinen Grundrechtsdogmatik stellt das BVerfG die umfassende Grundrechtsbindung deutscher Staatsgewalt auch bei Handeln im Ausland klar. Auch Auslandseinsätze der Bundeswehr sind davon betroffen und die Auswirkungen auf andere Bereiche wie das Migrations-

recht wird zu klären sein. Für das Recht der Informationsgesellschaft ist die Entscheidung wichtig, weil das Gericht seine Rechtsprechung zur Kompensation des faktischen Rechtsschutzdefizits bei heimlichen Überwachungsmaßnahmen konsolidiert. Schließlich ist das Urteil bemerkenswert, weil der Erste Senat Deutschland, das deutsche Recht und sich selbst konsequent als Teil einer europäischen und internationalen Gemeinschaft begreift. Auf allen drei Ebenen entsteht das Bild eines offenen Rechtsstaats.

Im Folgenden wird zunächst der informationstechnische und politische Hintergrund des Urteils umrissen, bevor das Urteil in drei weiteren Teilen aus den drei eben genannten Perspektiven: allgemeine Grundrechtsdogmatik, Informationsrecht sowie Europäisierung und Internationalisierung, beleuchtet wird.

II. Von Edward Snowden zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts

Zu den Aufgaben des Bundesnachrichtendienstes (BND) gehört die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, also die Überwachung der Telekommunikation zwischen Ausländern im Ausland. Die Begrifflichkeit klingt altmodisch. Fernmeldewesen ist die traditionelle deutsche Bezeichnung für Telekommunikation. Art. 10 Abs. 1 GG verwendet den Ausdruck noch immer, während der 1994² geänderte Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG ebenso wie der seinerzeit neu eingefügte Art. 87 f GG nun von Telekommunikation spricht. Aufklärung bezeichnet die Aufgabe von Auslandsgeheimdiensten.

Zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung wird bei der sog. strategischen Überwachung die gesamte Kommunikation in bestimmten Telekommunikationsnetzen auf bestimmte Suchbegriffe, sog. Selektoren, gefiltert.³ Dabei werden überwiegend formale Suchkriterien wie Tele-

¹ BVerfG, Urt. v. 19. 5. 2020 – 1 BvR 2835/17, Rn. 329–331.

*Kontaktperson: Robert Uerpmann-Witzack, der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Völkerrecht sowie Mitglied der Forschungsstelle Recht der Informationsgesellschaft an der Universität Regensburg.

² Durch Gesetz v. 30. 8. 1994, BGBl. I, 2245.

³ BVerfG (Fn. 1), Rn. 22.

fonnummern oder E-Mail-Adressen verwandt.⁴ Die Überwachung geschieht jedenfalls in den hier interessierenden Fällen vom Inland aus. Einerseits kann mit Richtantennen die Satellitenkommunikation erfasst werden. Der BND betreibt dafür in Kooperation mit dem US-Nachrichtendienst NSA eine Überwachungsstation in Bad Aibling.⁵ Andererseits können Telekommunikationsnetzknoten in Deutschland angezapft werden, über die Kommunikation aus dem Ausland in das Ausland vermittelt wird. Das gilt insbesondere für den weltweit größten Internetknotenpunkt DE-CIX in Frankfurt am Main.⁶

Im Jahr 2013 leakte Edward Snowden geheime NSA-Dokumente, die deutlich machten, dass die NSA in ungeahntem Ausmaß systematisch Telekommunikationsverkehre überwachte.⁷ Als Hinweise gefunden wurden, dass auch das Mobiltelefon der Bundeskanzlerin überwacht worden war, erklärte diese: »Ausspähen unter Freunden, das geht gar nicht.«⁸ Später wurde bekannt, dass der BND nicht nur mit US-Geheimdiensten kooperiert, sondern auch selbst Ziele mit EU/NATO-Bezug, darunter EU-Institutionen, überwacht hatte.⁹ Die Kontrolle des BND erwies sich als unzureichend.

Daraufhin wurde das Gesetz über den Bundesnachrichtendienst (BNDG) 2016 durch das Gesetz zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung¹⁰ geändert. In § 6 BNDG wurden nun Voraussetzungen für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung normiert. Da man allerdings davon ausging, dass deutsche Grundrechte auf die Überwachung der Telekommunikation zwischen Ausländern im Ausland nicht anwendbar seien,¹¹ verzichtete man darauf, das Post- und Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG als eingeschränktes Grundrecht zu zitieren.

III. Auslandsgeltung der Grundrechte

1. Grundsatz der Auslandsgeltung

Die Grundrechte binden gemäß Art. 1 Abs. 3 GG »Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht«. Bei unbefangener Lektüre liegt es nahe, dass das auch dann gilt, wenn deutsche Staatsorgane außerhalb der deutschen Staatsgrenzen handeln.¹² Dennoch wurde bis in jüngere Zeit vielfach das Gegenteil vertreten.¹³ Eine grundsätzliche Klärung durch das BVerfG stand bislang aus. Als sich das BVerfG 1999 ein erstes Mal mit der strategischen Fernmeldeüberwachung durch den BND befassen musste, waren die Beschwerdeführer Deutsche oder hielten sich sogar in Deutschland auf, während sie mit Personen im Ausland kommunizierten.¹⁴ Unter diesen Umständen genügte es dem BVerfG, dass der BND für seine Überwachung Empfangsanlagen auf deutschen Boden nutzte und die Daten in Deutschland auswertete, um einen jedenfalls ausreichenden Gebietskontakt anzunehmen.¹⁵ Dieses Mal wandten sich jedoch Journalisten und andere Beschwerdeführer an das BVerfG, die ganz überwiegend im Ausland arbeiteten und nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besaßen. Dies nutzte das BVerfG für die Klarstellung, dass die Bindung deutscher Staatsgewalt nach Art. 1 Abs. 3 GG nicht an den deutschen Staatsgrenzen endet.

a) Das Universalitätsargument

Das BVerfG argumentiert zunächst mit der Universalität der Menschenrechte, die in Art. 1 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommt.¹⁶ Danach bekennt sich das »Deutsche Volk ... zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt«. Es handelt sich um eine der Verfassungsnormen, die Deutschland in die internationale Gemeinschaft einbinden und die dessen of-

⁴ BVerfG (Fn. 1), Rn. 23.

⁵ Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des 1. Untersuchungsausschusses (NSA-Untersuchungsbericht), BT-Drs. 18/12850, 761 ff., 1321 ff.

⁶ BVerfG (Fn. 1), Rn. 17 f.

⁷ NSA-Untersuchungsbericht (Fn. 5), 36 f.

⁸ NSA-Untersuchungsbericht (Fn. 5), 300.

⁹ Deutscher Bundestag, Unterrichtung durch das Parlamentarische Kontrollgremium, BT-Drs. 18/9142, 8 ff.

¹⁰ BGBl. 2016 I, 3346; dazu *Hölscheidt JURA* 2017, 148 ff.

¹¹ S. BVerfG (Fn. 1), Rn. 8.

¹² Dazu BVerfG (Fn. 1), Rn. 88 ff.

¹³ Einen kritischen Überblick liefert *Hölscheidt JURA* 2017, 148 (150 f.).

¹⁴ BVerfGE 100, 313 (355-357).

¹⁵ BVerfGE 100, 313 (362-364).

¹⁶ BVerfG (Fn. 1), Rn. 93 ff.

fene Staatlichkeit begründen.¹⁷ Wenn aber das GG eine universelle Geltung von Menschenrechten auch in anderen Staaten postuliert, wäre es merkwürdig, wenn deutsche Staatsgewalt ihre Rechtsbindung im Ausland abstreifen könnte. Der Glaube an universell gültige Grundrechte passt nicht zur Vorstellung, dass die eigene Staatsgewalt von der Grundrechtsbindung freigestellt sein könnte, sobald sie im Ausland agiert. Der universellen Geltung von Menschenrechten würde dann keine universelle Bindung des Staates gegenüberstehen.

b) Der Nichteinmischungseinwand

Souverän wischt das BVerfG den Einwand vom Tisch, dass eine Bindung auswärtigen Handelns an Grundrechte gegen das Völkerrecht verstoßen könnte.¹⁸ Richtig ist zwar, dass staatliches Handeln grundsätzlich auf das eigene Staatsgebiet beschränkt ist.¹⁹ Handeln auf fremdem Staatsgebiet kann eine völkerrechtswidrige Einmischung darstellen und ist dann rechtfertigungsbedürftig.²⁰ Bei der Auslandsgeltung der Grundrechte geht es jedoch nicht darum, ein Handeln im Ausland zu gestatten. Vielmehr setzt die Grundrechtsbindung dem Handeln im Ausland zusätzliche Grenzen. Es kann aber nicht völkerrechtswidrig sein, ein völkerrechtlich ohnehin rechtfertigungsbedürftiges Handeln deutscher Staatsorgane im Ausland zusätzlichen verfassungsrechtlichen Schranken zu unterwerfen.

c) Grundrechte und Gebietshoheit

Gewichtiger ist ein anderer Einwand, der den Grundrechtsschutz mit der Gebietshoheit verknüpft. Danach ist die Grundrechtsbindung das Gegenstück zur Herrschaft über das eigene Staatsgebiet. Auf der völkerrechtlichen Ebene kommt dies im Konzept der »Souveränität als Verantwortung« zum Ausdruck.²¹ Mit der Herrschaft über ein Staatsgebiet übernimmt der souveräne Staat zugleich die Verantwortung für die Menschen auf diesem Gebiet. Es ist

damit zuvörderst Aufgabe des jeweiligen Territorialstaates, die Menschen auf seinem Staatsgebiet zu schützen. Dies entspricht der ersten Stufe der sog. Schutzverantwortung, wie sie sich seit der Jahrtausendwende entwickelt hat.²²

Im deutschen Verfassungsrecht stellt das Asylrecht nach Art. 16 a Abs. 1 GG eine ähnliche Verknüpfung von territorialer Herrschaft und Schutzgewähr her. Asyl genießen politisch Verfolgte. Dem liegt nach der Rechtsprechung des BVerfG die Vorstellung zugrunde, dass Staaten »in sich befriedete Einheiten« darstellen; mit ihrer staatlichen Macht relativieren sie innerhalb des Staates »alle Gegensätze, Konflikte und Auseinandersetzungen durch eine übergreifende Ordnung in der Weise ..., daß diese unterhalb der Stufe der Gewaltsamkeit verbleiben und die Existenzmöglichkeit des Einzelnen nicht in Frage stellen.«²³ Asyl benötigt ein Mensch, wenn sich die Staatsgewalt, die ihn eigentlich schützen sollte, gegen ihn kehrt und ihn aus der »übergreifenden Friedensordnung der staatlichen Gemeinschaft«²⁴ ausgrenzt.²⁵

In der Tat muss ich fremde Staatsgewalt kaum fürchten, solange mich der Staat, in dem ich lebe und dessen Staatsangehörigkeit ich besitze, effektiv schützt. Das ist aber noch kein hinreichender Grund, um staatliches Handeln im Ausland von der Grundrechtsbindung freizustellen. In einer globalisierten Welt droht es vielmehr den Grundrechtsschutz zu untergraben, wenn unterschiedliche Staaten zusammenarbeiten. Dann könnte etwa ein US-Geheimdienst, der Deutsche in Deutschland ohne Rechtsbindung überwachen dürfte, seine Erkenntnisse dem BND zur Verfügung stellen, während sich der BND gegenüber dem ausländischen Partnerdienst mit Erkenntnissen über die Aktivitäten von US-Bürgern in den USA erkenntlich zeigt. Das BVerfG hatte gerade auch über diese Zusammenarbeit von Geheimdiensten zu befinden²⁶ und verwahrt sich gegen eine territoriale Einschränkung des Grundrechtsschutzes, die es Staaten ermöglichen würde, den Grundrechtsschutz durch Kooperation zu unterlaufen.²⁷

¹⁷ Dazu grundlegend *K. Vogel* Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964, S. 33 ff.; s. auch BVerfG (Fn. 1), Rn. 246.

¹⁸ BVerfG (Fn. 1), Rn. 100–103.

¹⁹ S. nur EGMR NJW 2003, 413, Rn. 59 – Banković u. a. 17 NATO-Staaten.

²⁰ Von *Arnauld* Völkerrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 367–371; speziell zur Zulässigkeit von Auslandsaufklärung und Spionage auch *Aust* AVR 52 (2014), 375 (378–382)

²¹ Dazu *Kreuter-Kirchhof* AVR 48 (2010), 338 (340, 344); *Simon* AVR 54 (2016), 1 (6).

²² Dazu *Kreuter-Kirchhof* AVR 48 (2010), 338 (351); *Simon* AVR 54 (2016), 1 (10).

²³ BVerfGE 80, 315 (334).

²⁴ So BVerfGE 80, 315 (335).

²⁵ S. auch von *Münch/Kunig/von Arnauld* Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 16 a Rn. 10.

²⁶ BVerfG (Fn. 1), Rn. 243 ff.

²⁷ BVerfG (Fn. 1), Rn. 96; s. auch Rn. 248.

2. Eingriffsabwehrfunktion

a) Folgen für BND-Auslandsaufklärung

Freilich deutet das BVerfG situationsbedingte Einschränkungen des Grundrechtsschutzes an.²⁸ Die territorial entgrenzte Grundrechtsbindung gilt zunächst für staatliches Handeln, also in der Eingriffsabwehrfunktion. Dementsprechend ist die Auslandsaufklärung durch den BND an Art. 10 GG zu messen.²⁹ Da Eingriffe in das Post- und Fernmeldegeheimnis dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG unterliegen, hätte das BNDG klarstellen müssen, dass Art. 10 GG durch die Auslandsaufklärung eingeschränkt wird. In der irrigen Annahme, das Auslandshandeln sei nicht grundrechtsgebunden, hatte die Gesetzgebung dies versäumt. Schon deshalb sind die Regelungen zur Auslandsüberwachung derzeit verfassungswidrig.³⁰

Auch wenn auswärtiges Handeln grundsätzlich der Grundrechtsbindung unterliegt, bleibt das Verfassungsrecht hinreichend offen, um die Besonderheiten auswärtigen Handelns bei der Auslegung und Anwendung der Grundrechte zu berücksichtigen. Das gilt insbesondere für die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Hier kann beispielsweise in die Abwägung eingestellt werden, dass die Überwachung solche Ausländer, die sich im Ausland aufhalten, regelmäßig weniger beeinträchtigt wird als jemanden, der in Deutschland lebt und damit unmittelbar dem physischen Zugriff deutscher Staatsgewalt ausgesetzt ist.³¹

b) Folgen für Auslandseinsätze der Bundeswehr

Was das BVerfG nun klargestellt hat, gilt über die Auslandsaufklärung hinaus für jedes Handeln deutscher Staatsgewalt im Ausland. Konsequenzen hat es insbesondere auch für die Bundeswehr, die im Ausland bislang grundsätzlich ohne gesetzliche Grundlage tätig wird. Nun steht beispielsweise fest, dass eine Festnahme von somalischen Piraten durch die Bundesmarine am Horn von Afrika an Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Art. 104 GG zu messen ist. Diese Grundrechtsbindung hat das OLG Köln zwar bereits 2015 klargestellt und die Überstellung eines festgenommenen Piraten an Kenia mangels Rechtsgrundlage als rechtswidrig verurteilt.³² Die Reaktion war jedoch ausweichend, in-

dem die Bundesmarine es seitdem vermeidet, Personen festzunehmen. Nach dem vorliegenden Urteil des BVerfG dürfte an einem Auslandseinsatzgesetz, das die notwendigen Rechtsgrundlagen für Grundrechtseingriffe bei Auslandseinsätzen schafft, kein Weg mehr vorbei führen.³³

3. Schutzpflichten und andere Grundrechtsfunktionen

a) Territoriale Verankerung der Schutzpflichtdimension

Über Schutzpflichten und andere Grundrechtsfunktionen hatte das BVerfG im Zusammenhang mit der strategischen Auslandsüberwachung nicht zu befinden. Es deutet aber an, dass hier Abweichendes gelten könnte. In der Tat ist die Pflicht zum Schutz von Individuen vor der Gefährdung grundrechtlicher Schutzgüter durch Dritte eng mit der Herrschaft über das eigene Staatsgebiet verknüpft. Letztlich handelt es sich um eine Ausprägung des oben angesprochenen Gedankens der Souveränität als Verantwortung. Staatsrechtlich gewendet, ist die Schutzpflicht das Korrelat zum Gewaltmonopol:³⁴ Auf seinem Staatsgebiet beansprucht der souveräne Staat das Gewaltmonopol. Schließt der Staat jedoch Selbsthilfe und individuelle Rechtsdurchsetzung gegenüber Dritten grundsätzlich aus, muss er den Schutz der einzelnen übernehmen. In diesem Sinne ist es vollkommen richtig, dass das BVerfG 1993 im Maastricht-Urteil ausgeführt hat, es habe »den Grundrechtsschutz in Deutschland und insoweit nicht nur gegenüber deutschen Staatsorganen zu gewährleisten«.³⁵ Schutzpflichten sind damit grundsätzlich gebietsbezogen.

Eine Ausnahme gilt für Deutsche, zu deren Schutz deutsche Staatsgewalt ggf. auch im Ausland und gegenüber anderen Staaten tätig werden muss.³⁶ Hingegen können beispielsweise Syrer, die im syrischen Bürgerkrieg ihr Leben bedroht sehen, gegenüber Deutschland keinen Anspruch auf Schutz aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG geltend machen, solange sie nicht in spezifischer Weise mit der deutschen Staatsgewalt in Kontakt gekommen sind. Das deutsche Grundrecht ist unanwendbar, weil die Betroffenen weder der deutschen Gebietshoheit noch aufgrund ihrer

²⁸ BVerfG (Fn. 1), Rn. 104.

²⁹ BVerfG (Fn. 1), Rn. 105 ff., 111.

³⁰ BVerfG (Fn. 1), Rn. 134 f.

³¹ BVerfG (Fn. 1), Rn. 149.

³² OLG Köln DVBl. 2015 375 (377 f.); grundlegend dazu Sax, Soldaten gegen Piraten, 2018, 201 ff.

³³ S. dazu auch schon *Hobe* in Fs. f. E. Klein, 2013, 95 (102 ff.).

³⁴ Dazu Merten/Papier/Calliess Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 44 Rn. 20.

³⁵ BVerfGE 89, 155 (175).

³⁶ S. Isensee/Kirchhof/F. Becker Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 240 Rn. 110–112; instruktiv jüngst VG Berlin NVwZ 2019, 1302, Rn. 8 ff. zur Rückholung deutscher IS-Familien aus Nordsyrien; dazu auch *Baumert* NVwZ 2020, 110 ff.

Staatsangehörigkeit der deutschen Personalhoheit unterstehen.

b) Offene Fragen

Es bleiben aber viele Grenzfälle, die nach dem vorliegenden Urteil noch stärker in den Blickpunkt rücken werden: Greifen deutsche Grundrechte ein, wenn Deutschland einen nordafrikanischen Staat beim Aufbau einer effektiven Grenzsicherung unterstützt, ohne dass deutsche Staatsgewalt direkt mit Migranten in Kontakt käme?³⁷ Kann sich ein Ausländer auf deutsche Grundrechte berufen, wenn er in einer deutschen Auslandsvertretung Schutz sucht?³⁸ Muss Deutschland deutsche Unternehmen in die Pflicht nehmen, bei ihren Auslandsaktivitäten zumindest elementare Arbeitsschutzstandards einzuhalten?³⁹ Das vorliegende Urteil gibt darauf keine Antworten. In der weiteren Diskussion wird es aber nicht mehr möglich sein, die offenen Rechtsfragen mit der pauschalen Negierung einer Auslandsgeltung deutscher Grundrechte vom Tisch zu wischen.

IV. Besonderer Schutz vor heimlicher Überwachung

1. Vom Telefonabhören zur Internetüberwachung

Als das Grundgesetz 1948/49 entstand, beschränkte sich die Fernmeldeüberwachung im Wesentlichen auf das Abhören von Telefongesprächen. An das Internet war nicht zu denken. Seitdem hat sich die Vielfalt internetgestützter Kommunikationsformen ebenso dramatisch entwickelt wie die Möglichkeiten ihrer Überwachung.

Das rechtliche Grundproblem ist jedoch gleichgeblieben: Die Grundrechtsdogmatik muss darauf reagieren, dass die Überwachung der Telekommunikation unsichtbar ist. Greift der Staat sonst in Grundrechte ein, spüren

dies die Betroffenen umso deutlicher, je schwerer der Grundrechtseingriff wiegt. Das gilt für die Festnahme eines Tatverdächtigen ebenso wie für Ausgangsbeschränkungen zum Schutz gegen Covid-19-Infektionen⁴⁰ oder eine Pflicht zur Impfung gegen Masern⁴¹. Dementsprechend können die Betroffenen Rechtsschutz suchen und den Grundrechtseingriff gerichtlich überprüfen lassen. Bleibt der Grundrechtseingriff jedoch geheim, wie es bei der Telekommunikationsüberwachung regelmäßig geschieht, ist klassischer Rechtsschutz faktisch weitgehend ausgeschlossen. Darauf muss das Recht mit alternativen Schutzmechanismen reagieren.

Das Problem war dem verfassungsändernden Gesetzgeber schon 1968 bewusst. Seitdem lässt Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG zu, dass Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses in bestimmten Fällen dem Betroffenen nicht mitgeteilt werden müssen und dass die gerichtliche Kontrolle dann durch eine Nachprüfung durch parlamentarische Gremien ersetzt wird.⁴² Spiegelbildlich stellt Art. 19 Abs. 4 Satz 3 GG klar, dass in diesen Fällen der Rechtsweg eingeschränkt werden kann.

Diese Verfassungsänderung und das daraufhin ergangene Gesetz zu Art. 10 GG (G 10) führten 1971 zu einem ersten Grundsatzurteil des BVerfG,⁴³ in dem es die grundrechtsdogmatischen Besonderheiten des Rechtsschutzes gegen heimliche Überwachungsmaßnahmen herausgearbeitet hat. Diese Rechtsprechung hat das BVerfG mittlerweile in zahlreichen Entscheidungen bestätigt. 1999 hatte sich das Gericht ein erstes Mal mit der strategischen Fernmeldeüberwachung zu befassen.⁴⁴ Zu den Meilensteinen gehören außerdem die Urteile zum sog. Großen Lauschangriff 2004⁴⁵ und zum BKA-Gesetz 2016⁴⁶.

2. Zulässigkeit einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde

Ein erstes Problem stellt sich bei der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde. Im Rahmen der Beschwerdebefugnis verlangt das BVerfG eine dreifache Betroffenheit: Der Beschwerdeführer muss selbst, gegenwärtig und unmittelbar

³⁷ Zum insoweit restriktiveren Art. 1 EMRK ablehnend *Uerpmann-Witzack*, in *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG, 3. Aufl., Kap. 27 Rn. 29 (erscheint demnächst).

³⁸ Zum insoweit restriktiveren Art. 1 EMRK in Hinblick auf die Entscheidung über einen in der Botschaft gestellten Visumsantrag ablehnend EGMR (Große Kammer) Entsch. v. 5. 5. 2020, Beschwerdenr. 3599/18, Rn. 96–126 – M.N. u. a. Belgien, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202468>.

³⁹ Dazu aus der Sicht des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes von *Bernstorff* AVR 49 (2011), 34 (47 ff.).

⁴⁰ S. dazu nur BayVGH NJW 2020, 1236.

⁴¹ S. dazu BVerfG (Kammer), Beschl. v. 11. 5. 2020 – 1 BvR 469/20, 1 BvR 470/20.

⁴² Gesetz vom 24. 6. 1968, BGBl. I, 709.

⁴³ BVerfGE 30, 1 – G 10.

⁴⁴ BVerfGE 100, 313; dazu *Müller-Terpitz* JURA 2000, 296 ff.

⁴⁵ BVerfGE 109, 279; dazu *Lepsius* JURA 2005, 433 ff., 586 ff.

⁴⁶ BVerfGE 141, 220.

bar betroffen sein.⁴⁷ Verfassungsbeschwerden, die sich als sog. Rechtssatzverfassungsbeschwerden direkt gegen ein Gesetz wenden, scheitern regelmäßig am Grundsatz der Unmittelbarkeit: Bedarf das Gesetz eines Vollzugsakts, muss dieser grundsätzlich abgewartet werden. Dann kann der Betroffene den Vollzugsakt vor den Fachgerichten angreifen und, wenn dies erfolglos bleibt, Urteilsverfassungsbeschwerde gegen die fachgerichtlichen Entscheidungen einlegen.

Die Vorschriften über die strategische Fernmeldeüberwachung werden vom BND vollzogen. Es gibt also Vollzugsakte, doch kann der einzelne regelmäßig nicht wissen, ob und wie weit er überwacht wird, so dass Rechtsschutz gegen den Vollzug mangels Kenntnis ausscheidet. In dieser Situation gestattet das BVerfG eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen das Gesetz. Das hat es in seinem G 10-Urteil herausgearbeitet⁴⁸ und später dahin präzisiert, dass die Beschwerdeführer darlegen müssen, mit einiger Wahrscheinlichkeit durch entsprechende Überwachungsmaßnahmen betroffen zu werden.⁴⁹ In jüngerer Zeit verortet es die Frage der hinreichenden Wahrscheinlichkeit sachgerecht in den Merkmalen der Selbstbetroffenheit und der gegenwärtigen Betroffenheit.⁵⁰ Hohe Anforderungen stellt das BVerfG an die Wahrscheinlichkeit freilich nicht.⁵¹ Dementsprechend bejaht es auch im vorliegenden Fall die qualifizierte Betroffenheit.⁵²

3. Gesteigerte Bestimmtheitsanforderungen

Die Heimlichkeit der Überwachung und der damit verbundene Ausfall regulären Fachrechtsschutzes, in dem die Grenzen der Ermächtigung durch die Rechtsprechung konkretisiert werden können, führt zudem zu gesteigerten Anforderungen an die Bestimmtheit der Eingriffsermächtigung.⁵³ Auch dies bestätigt das BVerfG im vorliegenden Fall.⁵⁴ Das gilt nicht nur für die Erhebung und Auswertung der Daten, sondern auch für die Weiterleitung personen-

bezogener Daten an andere Stellen.⁵⁵ Das BVerfG macht hier detaillierte Vorgaben für die Neufassung des BNDG.

Besondere Probleme wirft die Kooperation mit Partnerdiensten auf. Da die Daten bei einer Übermittlung an ausländische Stellen den Geltungsbereich des GG verlassen, sind dafür besondere Schutzvorkehrungen notwendig.⁵⁶ Erforderlich ist, in den Worten des BVerfG, eine »eine Rechtsstaatlichkeitsvergewisserung über den Umgang der ausländischen Stellen mit den ihnen übermittelten Daten«,⁵⁷ ohne dass das BVerfG eine Übernahme spezifisch deutscher Regelungsmodelle erwarten würde.⁵⁸ Die Zusammenarbeit mit anderen Geheimdiensten entspricht zwar einerseits der Einbindung Deutschlands in die Staatengemeinschaft, ist aber andererseits grundrechtlich so sensibel, dass auch sie einer speziellen gesetzlichen Regelung bedarf.⁵⁹ Dabei muss unter anderem geregelt werden, wie der BND Selektoren überprüft, die er für Partnerdienste einsetzt.⁶⁰

4. Besondere Kontrollinstanzen

Schließlich erscheint die heimliche Überwachung nur dann als verhältnismäßig, wenn das faktische Rechtsschutzdefizit durch alternative Kontrollmechanismen kompensiert wird.⁶¹ Das BVerfG akzeptiert zwar einen weitgehenden Ausschluss von Auskunftsansprüchen und Benachrichtigungspflichten, um die Funktionsfähigkeit der Auslandsaufklärung zu gewährleisten. Dafür stellt es jedoch genaue Leitlinien für eine unabhängige objektivrechtliche Kontrolle auf, die sich aus einer gerichtsähnlichen Einzelfallkontrolle und einer administrativen Kontrollinstanz zusammensetzt, wobei letztere stichprobenartig von Amts wegen prüfen soll.⁶² Diese Kontrolle darf nicht durch die »Third Party Rule« behindert werden, der zufolge der BND Informationen, die er von einem Partnerdienst erlangt hat, nicht ohne dessen Zustimmung Dritten offenbart.⁶³ Die Kontrollinstanzen dürfen also nicht als

⁴⁷ Kingreen/Poscher Grundrechte/Staatsrecht II, 35. Aufl. 2019, Rn. 1306–1316.

⁴⁸ BVerfGE 30, 1 (16 f.).

⁴⁹ BVerfGE 67, 157 (169 f.); 100, 313 (354); s. auch C. Walter/B. Grünwald/C. Grünwald BeckOK BVerfGG, 8. Edition 2020, § 90 Rn. 103.

⁵⁰ BVerfGE 109, 279, 307 f. – Großer Lauschangriff; BVerfGE 141, 220, Rn. 83 f. – BKAG; BVerfGE 150, 309, Rn. 39 – Kfz-Kennzeichenerfassung.

⁵¹ S. nur BVerfGE 100, 313 (355–357).

⁵² BVerfG (Fn. 1), Rn. 71–76.

⁵³ BVerfGE 141, 220, Rn. 94 – BKAG, in Anknüpfung an BVerfGE 110, 33 (45); 113, 348 (376).

⁵⁴ BVerfG (Fn. 1), Rn. 137 ff.

⁵⁵ BVerfG (Fn. 1), Rn. 211 ff.

⁵⁶ BVerfG (Fn. 1), Rn. 231 ff.; s. auch Rn. 243 ff. zur Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten.

⁵⁷ BVerfG (Fn. 1), Rn. 233.

⁵⁸ BVerfG (Fn. 1), Rn. 235 f.

⁵⁹ BVerfG (Fn. 1), Rn. 243 ff.

⁶⁰ BVerfG (Fn. 1), Rn. 255 ff.

⁶¹ BVerfG (Fn. 1), Rn. 265 ff.; grundsätzlich ebenso bereits BVerfGE 30, 1 (23 f.) – G 10; BVerfGE 133, 277, Rn. 214 ff. – Antiterrordatei; BVerfGE 141, 220, Rn. 140 f. – BKAG.

⁶² BVerfG (Fn. 1), Rn. 272 ff.

⁶³ BVerfG (Fn. 1), Rn. 292 ff.

Dritte im Sinne dieser im internationalen Verkehr anerkannten Verhaltensregel ausgestaltet werden.

Anstatt zu versuchen, die bisherige politische Kontrolle durch das Parlamentarische Kontrollgremium nach Art. 45 d GG zu stärken,⁶⁴ entkoppelt das BVerfG also die rechtsstaatliche Kontrolle der Auslandsaufklärung von der parallel fortbestehenden parlamentarischen Kontrolle.⁶⁵ Damit richtet es seine Grundrechtskontrolle konsequent am Rechtsstaatsprinzip aus, nicht am insoweit nicht einschlägigen Demokratieprinzip.

V. Europäisierung und Globalisierung von Recht und Rechtsschutz

Auch wenn es bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung darum ging, ein deutsches Gesetz, das nicht unionsrechtliche determiniert ist, am Maßstab deutscher Grundrechte zu messen,⁶⁶ ist die Entscheidung in mehrfacher Hinsicht von der Europäisierung und Globalisierung von Recht und Rechtsschutz geprägt.

1. Beschwerdeberechtigung

Das gilt zunächst für die Beschwerdeberechtigung von Reporters sans frontières, einer NGO mit Sitz in Frankreich und damit nicht-deutschen juristischen Person. Art. 19 Abs. 3 GG beschränkt die Grundrechtsfähigkeit auf inländische juristische Personen, doch hat das BVerfG die Grundrechtsberechtigung aus unionsrechtlichen Gründen schon 2011 auf juristische Personen aus anderen EU-Mitgliedstaaten erstreckt, soweit sie im Anwendungsbereich des Unionsrechts tätig werden und ein hinreichender Inlandsbezug erkennbar wird.⁶⁷ Auf diese Weise wird eine Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit vermieden, die gemäß Art. 18 Abs. 1 AEUV verbotene wäre.

Diese Rechtsprechung bestätigt das BVerfG im vorliegenden Fall.⁶⁸ Der notwendige Inlandsbezug dürfte sich daraus ergeben, dass die Vorschriften zur strategischen Überwachung die ausländische juristische Person in den

Fokus des BND rücken; doch scheint fraglich, ob der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist.⁶⁹ Das BVerfG lässt dies sowohl in der Zulässigkeit als auch in der Begründetheit offen: In der Zulässigkeit begnügt es sich mit der Möglichkeit, dass der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist, deutsche Grundrechte mithin anwendbar und ggf. verletzt sind.⁷⁰ In der Begründetheit der Verfassungsbeschwerde käme es zwar an sich darauf an, ob die Beschwerdeführerin tatsächlich grundrechtsberechtigt und in ihren Grundrechten verletzt ist. Hier waren aber schon die parallelen Beschwerden der anderen, problemlos beschwerdeberechtigten Beschwerdeführer begründet. Da die Entscheidung über deren Verfassungsbeschwerden gemäß § 31 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG in Gesetzeskraft erwächst, steht die Unvereinbarkeit der gerügten Vorschriften mit dem GG auch zugunsten von Reporters sans frontières fest. Unter diesen Umständen sah das BVerfG das Rechtsschutzziel als erreicht an und hielt eine abschließende Entscheidung über die Grundrechtsberechtigung für überflüssig.⁷¹

In diesem Punkt zeigt der Erste Senat gleichermaßen Offenheit für die unionale Überlagerung des deutschen Verfassungsrechts und richterlicher Zurückhaltung, Probleme zu lösen, die nicht zwingend gelöst werden müssen. Bedenkt man, dass offene unionsrechtliche Rechtsfragen vorrangig vom EuGH zu lösen sind, erscheint es umso angemessener, dass das BVerfG diese Fragen, soweit möglich, ausklammert. Zutreffend weist es darauf hin, dass es ansonsten eine Vorabentscheidung des EuGH hätte einholen müssen.⁷² Die Kombination aus Offenheit und Zurückhaltung steht für ein entspanntes Verhältnis des Ersten Senats zum EuGH.

2. Unionsrechtliches Diskriminierungsverbot

Ähnlich geht das BVerfG bei der materiell-rechtlichen Frage vor, ob der BND bei seiner Überwachungstätigkeit in zulässiger Weise zwischen Deutschen und anderen Unionsbürgern unterscheiden darf. Es wirft die Frage auf, weist auf die unionsrechtliche Dimension sowie ungeklärte unionsrechtliche Rechtsfragen hin und lässt die Frage schließlich als nicht entscheidungserheblich offen, weil die angegriffenen Vorschriften schon wegen der Verlet-

⁶⁴ Zu entsprechenden Versuchen NSA-Untersuchungsbericht (Fn. 5), 1392f.

⁶⁵ BVerfG (Fn. 1), Rn. 300.

⁶⁶ S. BVerfG (Fn. 1), Rn. 84 in Anknüpfung an BVerfG NJW 2020, 300, Recht auf Vergessen I; dazu *W. Michl* JURA 2020 479 (487f.).

⁶⁷ BVerfGE 129, 78 (94-99).

⁶⁸ BVerfG (Fn. 1), Rn. 63.

⁶⁹ BVerfG (Fn. 1), Rn. 64f.

⁷⁰ BVerfG (Fn. 1), Rn. 66.

⁷¹ BVerfG (Fn. 1), Rn. 328.

⁷² BVerfG (Fn. 1), Rn. 66.

zung des Zitiergebotes verfassungswidrig seien.⁷³ Freilich wird die Gesetzgebung dem Verstoß gegen das Zitiergebot leicht abhelfen können. Dann muss geklärt werden, ob an einer Differenzierung zwischen Deutschen und anderen Unionsbürgern festgehalten werden kann.

3. Öffnung des Verfassungsrechtsdiskurses

a) EGMR-Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des BVerfG zur Fernmeldeüberwachung läuft schon seit Jahren weitgehend parallel zur Rechtsprechung, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) 1978 in der Sache *Klass gegen Deutschland* begründet hat.⁷⁴ Das gilt für die Zulässigkeit einer Rechtssatzbeschwerde bei hinreichender Wahrscheinlichkeit eigener Überwachung⁷⁵ ebenso wie für die gesteigerten Anforderungen an die Bestimmtheit des Gesetzes⁷⁶ und das Erfordernis hinreichender Kontrollmechanismen.⁷⁷ Neu ist jedoch, in welchem Umfang sich das BVerfG direkt auf die EGMR-Rechtsprechung bezieht. Während es sich 1999 mit einem pauschalen Hinweis auf das *Klass-Urteil* begnügte,⁷⁸ stützte es sich 2016 in sechs Randnummern auf EGMR-Rechtsprechung.⁷⁹ Im vorliegenden Urteil zitiert es nun allein achtmal⁸⁰ das noch nicht rechtskräftige Urteil in der Sache *Big Brother Watch u. a. gegen das Vereinigte Königreich*,⁸¹ in dem sich eine Kammer des EGMR grundlegend mit der Überwachung der internationalen Internetkommunikation auseinandergesetzt hat.

Auch wenn die Rechtsprechung von EGMR und BVerfG parallel läuft, wird das BVerfG bei der Frage, wie die Kontrolle des BND im Einzelnen auszugestalten ist, viel präziser als der EGMR. Letzterer gesteht den Mitgliedstaaten einen weiten Spielraum bei der Ausgestaltung der Kontrolle zu.⁸² Das BVerfG betont seinerseits den

Ausgestaltungsspielraum der Gesetzgebung.⁸³ Gleichwohl geht es bei den Vorgaben viel stärker ins Detail.⁸⁴ Diese stufenweise Konkretisierung passt zum Mehrebenensystem, in dem gemeineuropäische Standards einen allgemeinen Rahmen bilden, der auf nationaler Ebene konkretisiert wird.

b) Europarat

Jenseits der EGMR-Rezeption fällt auf, dass das BVerfG bei der Frage, ob ein Kontrollgremium ein »Dritter« ist, dem gegenüber der BND Informationen, die er von Partner-Gheimdiensten erhalten hat, nach der Third Party Rule nicht offenbaren darf, gleich drei verschiedene Organe des Europarates bemüht, nämlich die sog. Venedig-Kommission, die Parlamentarische Versammlung und den Menschenrechtskommissar.⁸⁵ Der Europarat umfasst mit seinen 47 Mitgliedern fast ganz Europa bis hin zur Türkei und Russland.⁸⁶ Als paneuropäische Organisation vertritt er die drei großen gemeinsamen Werte: Menschenrechte, Herrschaft des Rechts bzw. Rechtsstaatlichkeit und Demokratie.⁸⁷ Die Venedig-Kommission, offiziell: Kommission für Demokratie durch Recht, ist ein beratendes Gremium, das mit Rechtsexperten aus ganz Europa besetzt ist.⁸⁸ Die Parlamentarische Versammlung ist, wie der Name schon sagt, ein parlamentarisches Gremium, das aus Repräsentanten der nationalen Parlamente besteht, die deren Fraktionsproporz widerspiegeln.⁸⁹ In gewissen Weise kann man den Europarat, zu dem auch der EGMR gehört, als das menschenrechtliche, rechtsstaatliche und demokratische Gewissen Europas bezeichnen. Indem der Erste Senat Dokumente des Europarats zitiert, zeigt er, dass er einen paneuropäischen Rechtsstaatsmaßstab zugrunde legen will anstatt autonom einen spezifisch deutschen Standard aus dem GG abzuleiten.

⁷³ BVerfG (Fn. 1), Rn. 112.

⁷⁴ EGMR NJW 1979, 1755.

⁷⁵ EGMR NJW 1979, 1755, Rn. 36–38 – *Klass/Deutschland*.

⁷⁶ EGMR NJW 2007, 1433, Rn. 93–95 – *Weber und Saravia/Deutschland*; EGMR, Urt. v. 13. 9. 2018, Beschwerdenr. 58170/13 u. a., Rn. 306 – *Big Brother Watch u. a. Vereinigtes Königreich*, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186048>, bislang nicht ins Deutsche übersetzt.

⁷⁷ EGMR NJW 1979, 1755, Rn. 50 ff. – *Klass/Deutschland*; EGMR, *Big Brother Watch* (Fn. 76), Rn. 308–310, 318–320.

⁷⁸ BVerfGE 100, 313 (363) – strategische Fernmeldeaufklärung I.

⁷⁹ BVerfGE 141, 220, Rn. 107, 117, 174, 285, 305, 335 – BKAG.

⁸⁰ BVerfG (Fn. 1), Rn. 98, 111, 137, 159, 192, 250, 280, 295.

⁸¹ EGMR, *Big Brother Watch* (Fn. 76).

⁸² EGMR, *Big Brother Watch* (Fn. 76), Rn. 318–320.

⁸³ BVerfG (Fn. 1), Rn. 277, 282.

⁸⁴ BVerfG (Fn. 1), Rn. 272–276, 278–281, 283–297.

⁸⁵ BVerfG (Fn. 1), Rn. 294.

⁸⁶ *Hatje/Müller-Graff/Uerpmann-Witzack* Europäisches Organisations- und Verfahrensrecht (Enzyklopädie Europarecht Band 1), 2014, § 25 Rn. 5 f.

⁸⁷ *Uerpmann-Witzack* (Fn. 86), Rn. 8, 38–40.

⁸⁸ *Dazu Grabenwarter* JÖR n. F. 66 (2018), 21 ff.; *Hoffmann-Riem* EJIL 25 (2014), 579 ff.

⁸⁹ *Uerpmann-Witzack* (Fn. 86), Rn. 19.

c) Rechtsvergleichung und Schrifttum

Weltoffenheit zeigt zudem der Ansatz, im Wege der Rechtsvergleichung bewährte Schutzmechanismen zu identifizieren. So führt das BVerfG in seiner Argumentation britische⁹⁰, französische⁹¹ und US-amerikanische⁹² Beispiele an. Den Willen, über den deutschen Rechtsraum hinauszugehen, zeigt auch die Rezeption englischsprachiger Literatur⁹³ bis hin zu einem Brief von drei Sonderberichterstattern der Vereinten Nationen zum BND-Gesetz, deren Maßstäbe und Kritik das BVerfG gleich dreimal zustimmend zitiert.⁹⁴

⁹⁰ BVerfG (Fn. 1), Rn. 103, 160, 280, 295.

⁹¹ BVerfG (Fn. 1), Rn. 103, 160.

⁹² BVerfG (Fn. 1), Rn. 160.

⁹³ BVerfG (Fn. 1), Rn. 103, 107, 109, 152, 160, 163, 280.

⁹⁴ BVerfG (Fn. 1), Rn. 240, 305, 325; der zitierte Brief ist abrufbar unter: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL_DEU_2.2016.pdf.

VI. Zusammenfassende Würdigung

Das Urteil zur strategischen Telekommunikationsüberwachung ist wichtig. Ein Paukenschlag aus Karlsruhe ist es nicht. Es revolutioniert den deutschen Grundrechtsschutz nicht, sondern bestätigt ihn und entwickelt ihn im europäischen und internationalen Rahmen folgerichtig fort. Indem das Gericht Individuen unabhängig von ihrem Aufenthaltsort vor dem Zugriff des Staates schützt, bestätigt es die Universalität der Menschenrechte. Zugleich nimmt es die Gesetzgebung in die Pflicht, setzt dabei auf internationale, namentlich gemeinsame europäische Standards und zeigt sich offen für unionsrechtliche Vorgaben. Damit erfüllt der Senat das Bekenntnis des Art. 1 Abs. 2 GG »zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt« ebenso wie den Auftrag der Präambel des Grundgesetzes, »in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen«. Möge das BVerfG diesem Weg treu bleiben.