Klausur-Update

Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung – Grundrechtsbindung des BND

▶ Anm. der JuS-Redaktion: Das BVerfG hat am 19.5.2020 eine wichtige Grundsatzentscheidung zur strategischen Fernmeldeüberwachung getroffen. Es hat entschieden, dass mehrere Vorschriften des Bundesnachrichtendienstgesetzes (BNDG) gegen das Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 I GG und die Pressefreiheit aus Art. 5 I 2 GG verstoßen. Bereits im Herbst 2019 haben wir in der JuS eine Referendarexamensklausur zu diesem Thema veröffentlicht (Marxsen, Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Grundrechte - Überwachung und Telekommunikationsgeheimnis, JuS 2019, 790). Anlässlich der Entscheidung des BVerfG gibt der Autor, Forschungsgruppenleiter am MPI für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht Dr. Christian Marxsen, LL. M. (NYU), einen Überblick über die zentralen Inhalte der BVerfG-Entscheidung und etwaige Auswirkungen auf die Klausurlösung.

Im Rahmen der Referendarexamensklausur sind verfassungsrechtliche Probleme des Fernmeldegeheimnisses zu prüfen. Kernfrage des Ausgangsfalls dieser Klausur ist, ob sich auch Telekommunikationsunternehmen auf das Fernmeldegeheimnis hinsichtlich der von ihnen verschalteten Kommunikationsvorgänge berufen können. Der Ausgangsfall basiert auf der Klage der Betreiberin des Frankfurter Internetknotenpunktes DE CIX und dem insoweit ergangenen Urteil des *BVerwG*. In diesem Fall steht eine Entscheidung des *BVerfG* noch aus, eine Verfassungsbeschwerde ist anhängig (1 BvR 1865/18).

▶ In der Abwandlung dieser Klausur geht es um die Überwachung von Auslandskommunikation, insbesondere um die Frage der Bindung des Bundesnachrichtendienstes (BND) an Art. 10 I GG. Damit betrifft die Abwandlung eine Kernfrage der aktuellen Grundsatzentscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der strategischen, also verdachtsunabhängigen Überwachung von Telekommunikation durch Ausländer im Ausland (sog. *Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung*).

Hinsichtlich dieser Auslandsüberwachung hatte sich der Gesetzgeber bei der Novellierung des BNDG auf den Standpunkt gestellt, dass Ausländer im Ausland nicht vom Schutzbereich des Art. 10 I GG erfasst seien, da die deutsche Staatsgewalt nur auf deutschem Territorium (oder gegenüber deutschen Staatsbürgern) gebunden sei. Dieser rechtlich nicht überzeugenden Position hat das *Gericht* nun eine Absage erteilt. Verfassungsgerichtlich geklärt ist jetzt, dass auch Ausländer im Ausland sich auf Art. 10 I und 5 I 2 GG als Abwehrrechte berufen können (Ls. 1 sowie Rn. 87 ff.). Das schließt, so das *BVerfG*, zwar nicht aus, dass sich der durch die Grundrechte gewährte Schutz im Inland und im Ausland unterscheiden kann. Es bedarf aber jedenfalls klarer gesetzlicher Ermächtigungen auch für die Erfassung, Speicherung und Verarbeitung von Daten über Kommunikationsvorgänge im Ausland.

Für eine Reihe von Vorschriften des BNDG heißt das zunächst, dass diese schon wegen Verstoßes gegen das Zitiergebot (Art. 19 I 2 GG) formell verfassungswidrig sind. Hintergrund ist, dass der Gesetzgeber wegen der Annahme einer auf deutsches Territorium beschränkten Grundrechtsbindung darauf verzichtet

hatte, die Art. 10 I und 5 I 2 GG im BNDG als eingeschränkt zu zitieren (Rn. 134 f.).

▶ In der Klausurlösung richtet sich die Fragestellung nur auf die Prüfung, ob das Zitiergebot verletzt wurde. Daher wird in der Lösung nicht zwischen formellen und materiellen Voraussetzungen differenziert. Im Rahmen ei-



ner umfangreichen Prüfung der Verfassungsgemäßheit eines Gesetzes ergibt sich hinsichtlich des Aufbaus die Besonderheit, dass die Verletzung der formellen Anforderung des Zitiergebots davon abhängt, dass materiell-rechtlich eine Einschränkung von Art. 10 I GG durch die gesetzliche Regelung erfolgt. Es ist daher eine Inzidentprüfung vorzunehmen. Anstelle der in der Lösung angeführten, vormals noch offenen, Position des BVerfG ist nunmehr die Entscheidung vom 19.5.2020 zu berücksichtigen. Das Gericht beschränkt sich in seiner Entscheidung nicht auf eine Prüfung des Zitiergebots, sondern entwickelt auch ausführlich die materiell-rechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes im Hinblick auf eine strategische Überwachung von Auslandskommunikation. Zunächst betont es die Schwere der Grundrechtseingriffe, die mit anlasslosen Überwachungsmaßnahmen gro-Ber Streubreite einhergehen (Rn. 147 ff.), erkennt aber auch ein überragendes öffentliches Interesse an einer wirksamen Auslandsaufklärung an (Rn. 141) und hält diese daher im Grundsatz für zulässig (Rn. 142 ff.). Allerdings bedarf es einer hinreichend begrenzenden rechtlichen Ausgestaltung, die im Fall der in Streit stehenden Normen des BNDG nicht gegeben ist. Besondere Bedeutung misst das Gericht in seiner Entscheidung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei (Rn. 145 ff.), dem Schutz besonderer, auf Vertraulichkeit beruhender Kommunikationsbeziehungen (wie zB bei Rechtsanwälten oder Journalisten) (Rn. 193 ff.), ebenso wie dem Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung (Rn. 199 ff.).

Das *BVerfG* entwickelt hierbei umfänglich den verfassungsrechtlichen Rahmen für eine zulässige Ausland-Ausland-Telekommunikationsüberwachung. Im Kern muss diese auf klaren Rechtsgrundlagen basieren, die Reichweite der Überwachung auf Grundlage des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes begrenzen und zudem Mechanismen effektiver rechtlicher Kontrolle durch unabhängige Kontrollorgane vorsehen.

Im Ergebnis hat das *Gericht* darauf verzichtet, die fraglichen Normen des BNDG für nichtig zu erklären, sondern hat nur deren Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz festgestellt (§ 31 II 2 und 3 BVerfGG). Aus Gründen des Schutzes von Gemeinwohlinteressen soll so ein sofortiges Ende der Auslandsüberwachung vermieden werden (Rn. 329). Das *Gericht* hat dem Gesetzgeber eine Frist bis zum 31.12.2021 gegebenen, um eine verfassungskonforme Rechtsgrundlage zu schaffen.

Forschungsgruppenleiter Dr. Christian Marxsen, LL. M. (NYU)

www.JuS.de

- ▶ **Zur Übung:** *Marxsen*, Referendarexamensklausur Öffentliches Recht: Grundrechte Überwachung und Telekommunikationsgeheimnis, JuS 2019, 790.
- ➤ Zur Vertiefung: Marxsen, Strategische Fernmeldeaufklärung Neuerungen in den Kompetenzen d. BND, DÖV 2018, 218; Sachs, Anm. zu dieser Entsch., JuS 7/2020 (insb. zur Geltung der Grundrechte für Ausländer im Ausland).