

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1428

Fernmeldegeheimnis und Fernmeldeaufklärung

Von

Bastian Schneider



Duncker & Humblot · Berlin

BASTIAN SCHNEIDER

Fernmeldegeheimnis und Fernmeldeaufklärung

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1428

Fernmeldegeheimnis und Fernmeldeaufklärung

Von

Bastian Schneider



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
hat diese Arbeit im Jahre 2019
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-15964-2 (Print)
ISBN 978-3-428-55964-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Vorworte wissenschaftlicher Qualifikationsschriften sind mit den Worten meines Doktorvaters zwangsläufig unzureichend: Zu kurz, um allen Beteiligten den ihnen gebührenden Dank auszusprechen, zu ungenau, um die Entstehung des Werkes wirklich zu veranschaulichen, und vermöge ebendieser Unzulänglichkeiten wiederum notwendig zu lang.* Wenig wird sich hiergegen einwenden lassen, und so ist die Einsicht ebenso bedauerlich wie unausweichlich, dass die Unangreifbarkeit dieser von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg im November 2019 als Inauguraldissertation angenommenen Untersuchung schon im Vorwort ihr Ende findet. Beruhigend nimmt sich da die Gewissheit aus, dass sie damit ein Schicksal teilt, welches zwar nicht alle juristischen Dissertationen bereits auf der ersten, die meisten aber doch immerhin noch vor der letzten Seite ereilt.

Dies vorweggeschickt sei hiermit zumindest einigen derer Dank gesagt, ohne die das Entstehen dieser Arbeit nicht möglich gewesen wäre. Mein vornehmster Dank gilt dabei meinem Doktorvater Prof. Dr. *Bernd Grzeszick*, LL.M. (Cambridge), in dessen staatskirchenrechtlichem Seminar ich als junger Drittsemester meine erste wissenschaftliche Arbeit verfassen und unter dessen Auspizien ich nunmehr viele Jahre später meine juristische Ausbildung abschließen durfte. Großen Dank schulde ich ferner Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. *Wolfgang Kahl*, M. A. für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie Herrn Prof. Dr. *Klaus Ferdinand Gärditz* für seine wohlwollende Unterstützung bereits in einem sehr frühen Stadium der Arbeit.

Abseits der Academia verdankt sich das Entstehen dieser Arbeit maßgeblich der Konrad-Adenauer-Stiftung, die mich in großzügiger Weise durch Studium und Promotionszeit begleitet hat. Mehr noch verpflichtet bin ich meinen Eltern – für das nicht jedem zuteilwerdende Glück einer materiell sorgenfreien Ausbildung, aber auch sonst für alles, was war, ist und sein wird.

In den Dank aufzunehmen ist außerdem Frau *Nina Warken* MdB, die mir eine in vielerlei Hinsicht außergewöhnliche Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter ermöglicht und dadurch mein wissenschaftliches Interesse von den Weiten der Romanistik auf den Gegenstand dieser Arbeit gelenkt hat. Verbindlicher Dank gebührt ferner M. P., P. W., J. S., F. R., D. P., H. E., T. G. sowie K. K. und den zahlreichen weiteren Personen, die das Entstehen dieser Arbeit durch ihre teils außerordentliche Unterstützung begünstigt haben.

* *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, Tübingen 2002, Vorwort.

Einer namentlichen Aufzählung entzieht sich schließlich die Unmenge all derer, die mich auf meinen bisherigen Wegen begleitet, getragen und nicht selten auch ertragen haben und derentwegen ich schon in jungen Jahren auf ein Leben zurückblicken darf, das zu erträumen ich nie gewagt hätte. Bleibt auch mit *Mann* niemand ganz der, der er war, indem er sich erkennt, so werde ich doch all das nicht vergessen.

Ladenburg, im Dezember 2019

Bastian Schneider

Inhaltsübersicht

Einleitung	19
A. Zur Thematik	19
B. Gang der Untersuchung	20
 <i>Erster Teil</i>	
Fernmeldegeheimnis	21
A. Sachlicher Schutzbereich	22
B. Persönlicher Schutzbereich	110
C. Territorialer Schutzgehalt	153
D. Schranken	254
E. Verwirkung	264
 <i>Zweiter Teil</i>	
Fernmeldeaufklärung	267
A. Tatsächliche und begriffliche Grundlagen	267
B. Spionage und Völkerrecht	275
C. Fernmeldeaufklärung des BND	277
D. Fernmeldeaufklärung der Bundeswehr	350
 Schluss	
A. Zusammenfassung	364
B. Summary of Results	365
Literaturverzeichnis	367
Sachwortverzeichnis	381

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
A. Zur Thematik	19
B. Gang der Untersuchung	20
<i>Erster Teil</i>	
Fernmeldegeheimnis	21
A. Sachlicher Schutzbereich	22
I. Sachlicher Gewährleistungsgehalt	23
1. Begriff des Fernmeldewesens	23
2. Inhalt des Fernmeldegeheimnisses	26
a) Grundsatz	26
b) Schutz von Kommunikationsinhalt und -umständen	29
c) Schutz allein vor übermittlungsspezifischen Gefahren	30
aa) Keine starre zeitliche Begrenzung	31
bb) Kein Schutz vor Vertraulichkeitsbruch durch Kommunikationsteilnehmer	32
d) Kein Erfordernis objektiver Schutzgeeignetheit und Schutzfähigkeit	33
e) Schutz von Individualkommunikation, nicht von Massenkommunikation	34
f) Schutz der Kommunikationsteilnehmer, nicht der Kommunikationsdienstleister	37
aa) Die <i>obiter dicta</i> des BVerfG vom 20. Juni 1984 und vom 25. März 1992	38
(1) Eingeschränkter rechtlicher Aussagegehalt	39
(2) Kein Anhalt für den Willen zum grundstürzenden Systembruch	40
(3) Keine Aussage über Grundrechtsberechtigung hinsichtlich fremder Sendungen	45
(4) Zusammenfassung	46
bb) Kein Schutz des bloßen Ermöglichens von Kommunikation	46
(1) Sinn, Zweck und Systematik von Art. 10 GG	47
(2) Wirkungsbereich der Berufsfreiheit	47
(3) Keine „mittelbare Grundrechtsträgerschaft“ bei Art. 10 GG	50
(4) Keine Parallelität zum Schutz von Presseintermediären	51
(5) Performative Defizite einer Grundrechtsstandschaft der Kommunikationsdienstleister	52

(6) Kein zwingendes Erfordernis vorheriger gerichtlicher Kontrolle	53
(7) Keine Unterhöhnung von Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG	53
(8) Zwischenergebnis	55
cc) Zusammenfassung	55
g) Kein Erfordernis mindestens zweier Kommunikationsteilnehmer	55
h) Kein Schutz unmittelbar doloser Scheinkommunikation	58
i) Zusammenfassung	60
3. Einzelfragen	60
a) Schutz von E-Mails	60
aa) Versenden und Empfangen von E-Mails	60
bb) Schutz von über allgemein zugängliche Verteiler versandten E-Mails	61
cc) Schutz auf dem Server des E-Mail-Anbieters	62
dd) Zusammenfassung	64
b) Schutz von Internettelefonie und sog. Messenger-Diensten	65
c) Surfen im Internet	66
aa) Im Internet abrufbare Inhalte	67
bb) Umstände der Internetnutzung	70
cc) Zusammenfassung	73
d) Schutz der Nutzung sozialer Netzwerke	73
e) Schutz von „Cloud-Computing“	75
II. Grundrechtswirkungen	78
1. Eingriffsabwehr	78
a) Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis	78
b) Exkurs: Parlamentarische Untersuchungsausschüsse und Art. 10 GG	80
2. Schutzpflicht	84
a) Schutzpflicht gegen Vertraulichkeitseinbrüche Privater	84
b) Schutzpflicht gegen Vertraulichkeitseinbrüche anderer Staaten	85
3. Recht auf Benachrichtigung	87
a) Herleitung aus der Systematik des Art. 10 GG	87
b) Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum	88
aa) Ausschluss der Benachrichtigung aufgrund von Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG	88
bb) Ausschluss der Benachrichtigung aufgrund allgemeinen Gesetzesvorbehalts	91
cc) Kein verfassungsrechtlicher Ausschluss einer endgültigen Nichtbenachrichtigung	93
4. Zusammenfassung	94
III. Grundrechtsverzicht und Einwilligung	94
1. Möglichkeit des Verzichts auf das Fernmeldegeheimnis	94
2. Voraussetzungen eines Verzichts im Einzelfall	95

a)	Die Lehre von der einseitigen Einwilligungsbefugnis	96
b)	Der Fangschaltungsbeschluss des BVerfG	97
c)	Die Mithör-Entscheidungen des BGH und die jüngere Rechtsprechung des BVerfG	99
aa)	Die Entscheidungen des BGH und die Reaktion des BVerfG	99
bb)	Die Mithör-Entscheidung des Ersten Senats des BVerfG von 2002	101
cc)	Die Entscheidung des BVerfG zur Quellen-Telekommunikationsüberwachung	102
d)	Bewertung	103
aa)	Kein genereller Schutz vor staatlicher Kenntnisnahme	104
(1)	Keine Kompensation nicht-übermittlungsspezifischer Gefahren	104
(2)	Keine vom Kommunikationspartner unabhängige Vertraulichkeitsgewährleistung	105
(3)	Kein Eingriff durch nachrichtliche Beteiligung Dritter	105
(4)	Schutz vor Dritten, nicht vor dem Kommunikationspartner	106
(5)	Zwischenergebnis	108
bb)	Art des Zugriffs kein taugliches Unterscheidungsmerkmal	108
cc)	Differenzierung nach bestimmungsgemäßer Verfügbarkeit für den Einwilligenden	108
e)	Ergebnis	110
3.	Zusammenfassung	110
B.	Persönlicher Schutzbereich	110
I.	Natürliche Personen	111
II.	Juristische Personen	111
1.	Wesensmäßige Anwendbarkeit des Art. 10 GG	112
a)	Schutzgutspezifität des Art. 19 Abs. 3 GG	112
b)	Personales Substrat und grundrechtstypische Gefährdungslage	113
2.	Kommunikationszurechnung	116
a)	Erfordernis der Kommunikationszurechnung	116
b)	Handlungszurechnung bei öffentlichen Amtswaltern	116
aa)	Öffentliche Amtswalter als Glieder des Staatsorganismus	117
bb)	Persönliche Grundrechtsbetroffenheit öffentlicher Amtswalter	118
(1)	Die Fälle Gysi und Kohl	118
(2)	Funktionale Betrachtung	122
cc)	Zwischenergebnis	123
c)	Allgemeiner Grundsatz der funktionsbezogenen Kommunikationszurechnung	123
d)	Zusammenfassung	124
3.	Unterscheidung zwischen in- und ausländischen juristischen Personen	125

a)	Grundsätzlich kein Grundrechtsschutz für ausländische juristische Personen	125
b)	Nationalität einer juristischen Person	126
c)	Inland im Sinne des Grundgesetzes	130
4.	Schutz juristischer Personen durch das Fernmeldegeheimnis	132
a)	Inländische juristische Personen	132
aa)	Grundsatz	132
bb)	Schutz juristischer Personen des öffentlichen Rechts <i>extra ordinem</i>	134
cc)	Nichtschutz juristischer Personen des Privatrechts <i>extra ordinem</i>	136
b)	Ausländische juristische Personen	140
aa)	Ausländische juristische Personen des öffentlichen Rechts	140
bb)	<i>de facto</i> -Regimes und staatsähnliche Akteure	141
c)	Sonderfall: Ausländische juristische Personen aus der EU	144
aa)	Staatsangehörigkeit und Rechtspersönlichkeit im Sinne des Art. 18 AEUV	146
bb)	Anwendungsbereich der Verträge	147
cc)	Unionsrechtlicher Bezug kommunikativer Privatheit	149
dd)	Ergebnis	152
5.	Zusammenfassung	152
C.	Territorialer Schutzgehalt	153
I.	Problemaufriss	153
II.	Meinungsstand	158
1.	Universal-undifferenzierte Auslandsgeltung des Art. 10 GG	159
2.	Auslandsgeltung des Art. 10 GG nur für Deutsche	160
3.	Bedingte Geltung des Art. 10 GG für Ausländer im Ausland	163
III.	Stellungnahme	165
1.	Keine universal-undifferenzierte Auslandsgeltung des Art. 10 GG	165
a)	Keine Entscheidung der Frage durch das BVerfG	165
b)	Keine Determiniertheit universal-undifferenzierter Geltung durch Art. 1 Abs. 3 GG	166
aa)	Maßgeblichkeit des Art. 1 Abs. 3 GG	167
bb)	Aussagegehalt des Art. 1 Abs. 3 GG	168
(1)	Anknüpfung der Grundrechtsbindung an die Grundrechtsgeltung	168
(2)	Keine Vorgabe eines strengen „Wirkungsprinzips“	170
(3)	Keine grundrechtsübergreifende Anordnung universal-undifferenzierter Geltung	172
cc)	Zwischenergebnis	175
c)	Keine Determiniertheit durch den Wortlaut des Art. 10 GG	175
d)	Keine Determiniertheit durch den Jedermann-Charakter i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG	176

e)	Kein performativer Verfassungsverstoß infolge differenzierter Grundrechtsgeltung	177
f)	Keine Determiniertheit durch die technischen Gegebenheiten	178
g)	Keine Determiniertheit durch Völkerrecht	182
aa)	Völkerrecht und Verfassungsrecht	183
(1)	Allgemeine Regeln des Völkerrechts	183
(2)	Völkerrechtliche Verträge	187
(3)	Völkerrecht als Auslegungshilfe	188
bb)	Völkerrecht und Fernmeldegeheimnis	188
(1)	Allgemeine Regeln des Völkerrechts	189
(2)	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte	194
(3)	Europäische Menschenrechtskonvention	195
(4)	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte	199
(5)	Internationaler Fernmeldevertrag	201
(6)	Unionsrecht	201
cc)	Zwischenergebnis	202
h)	Zusammenfassung	202
2.	Keine generelle Beschränkung der Auslandsgeltung des Art. 10 GG auf Deutsche	202
a)	Bezug zur deutschen Staatsordnung nicht auf Deutsche und Deutschland beschränkt	203
aa)	Geltung des Grundgesetzes nicht aufs Inland beschränkt	203
(1)	Geltungsbereich des Grundgesetzes qua Präambel	203
(2)	Auslandsgeltung im Grundgesetz angelegt	204
(3)	Keine Begrenzung des Geltungsbereichs vermöge Art. 23 GG a.F.	207
(4)	Zwischenergebnis	209
bb)	Hinreichender Bezug nicht auf Staatsbürgerschaft oder Inlandsaufenthalt beschränkt	209
cc)	Zwischenergebnis	211
b)	Kein Grundrechtsoktroi durch Ausweitung des räumlichen Schutzbereichs	211
aa)	Bindung allein der deutschen Staatsgewalt	211
bb)	Kein völkerrechtliches Verbot der Geltungserstreckung	213
cc)	Keine Beeinträchtigung fremder Rechte durch Selbstbeschränkung ..	214
dd)	Zwischenergebnis	216
c)	Kein Wertungswiderspruch infolge einer Geltung für Ausländer im Ausland	217
aa)	Kein Verbot auslandsbezogener Eingriffsermächtigungen	217
bb)	Komplementarität der eingeschränkten Fähigkeit zur Rechtsdurchsetzung	219
d)	Keine Gleichsetzung von Abwehr- und Gewährleistungsrechten	220

e)	Kein Analogieschluss aus Art. 19 Abs. 3 GG	223
f)	Kein Erfordernis einer konkreten Vertraulichkeitserwartung	224
g)	Zusammenfassung	226
3.	Differenzierte Geltung des Art. 10 GG im Ausland	226
a)	Voraussetzungen der Auslandsgeltung	226
aa)	Basalität grundrechtlicher Kerngehalte für den Staat des Grundgesetzes	227
bb)	Vermeidung grundrechtsfreier Räume	228
cc)	Auslandsgeltung nicht nur bei Handeln im Rahmen des Völkerrechts	231
dd)	Grundrechte als Korrelat staatlicher Gewalt	232
(1)	Grundrechte und Menschenrechte	232
(2)	Kompensatorische Wirkung der Grundrechte	233
(3)	Keine Anknüpfung an bloße Auswirkungen deutscher Staatsgewalt	234
(4)	Kein Erfordernis auch rechtlicher Unterworfenheit	237
ee)	Zwischenergebnis	239
b)	Intensität des Grundrechtsschutzes	240
aa)	Bezug der Kommunikationsgrundrechte zum Demokratieprinzip	241
bb)	Verschiedenheit der Gefährdungsintensität	243
cc)	Inländerschutz durch Wahrung eines fremdenrechtlichen Aktionsspielraums	246
dd)	Verfassungsentscheidung für Auslandsaufklärung	249
ee)	Völkerrecht	250
ff)	Zwischenergebnis	251
IV.	Folgerungen	252
V.	Sonderfall: Ausländische Unionsbürger	253
VI.	Zusammenfassung	253
D.	Schranken	254
I.	Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG	254
1.	Einfacher Gesetzesvorbehalt	254
2.	Schranken-Schranken	255
a)	Allgemeinheitsgebot, Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG	256
b)	Zitiergebot, Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG	256
c)	Wesensgehaltsgarantie, Art. 19 Abs. 2 GG	257
d)	Bestimmtheitsprinzip	259
e)	Verhältnismäßigkeit	259
II.	Verfassungsimmanente Schranken	261
1.	Grundrechte und Landesverteidigung	261
2.	Kollision mit anderen Grundrechten	262
E.	Verwirkung	264

*Zweiter Teil***Fernmeldeaufklärung**

	267
A. Tatsächliche und begriffliche Grundlagen	267
I. Abgrenzung zu anderen staatlichen Maßnahmen	267
1. Telekommunikationsüberwachung	267
2. Informationstechnische Maßnahmen	269
II. Aufklärungsmöglichkeiten	269
1. Leitungsgebundene Verkehre	270
2. Funkverkehre	270
a) Satellitenkommunikation	270
b) Terrestrische Kommunikation	271
III. Selektion der erfassten Verkehre	272
IV. Praktische Bedeutung	274
B. Spionage und Völkerrecht	275
C. Fernmeldeaufklärung des BND	277
I. Gesetzliche Grundlagen	277
1. Maßgeblichkeit von G 10-Gesetz und BNDG auch bei Handeln im Ausland	277
2. Abgrenzung der in Betracht kommenden gesetzlichen Grundlagen	278
a) Strategische Aufklärung internationaler Verkehre, § 5 G 10	278
b) Strategische Aufklärung in Einzelfällen bei Gefahr für Leib oder Leben, § 8 G 10	279
c) Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung vom Inland aus, §§ 6 ff. BNDG ..	279
d) Sonstige Maßnahmen, § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG	281
e) Keine Aufklärung innerdeutscher Fernmeldeverkehre	281
f) Zusammenfassung	282
3. Exkurs: Aufklärung ausländischer öffentlicher Stellen in Deutschland	282
a) Bestimmung der rechtlichen Grundlage	283
b) Differenzierung zwischen Inlands- und Auslandskommunikation	284
II. Kontrollgremien	285
1. Parlamentarisches Kontrollgremium	285
2. G 10-Kommission	286
3. Unabhängiges Gremium nach § 16 BNDG	286
III. G 10	287
1. Strategische Aufklärung internationaler Verkehre, § 5 G 10	287
a) Auftragsbindung des BND und Auftragsprofil der Bundesregierung	288
b) Anordnungsverfahren	289
aa) Antrag und Anordnung	289

bb) Bestimmung der beschränkten Telekommunikationsbeziehungen . . .	290
cc) Beteiligung der G 10-Kommission	290
c) Durchführung	291
d) Mengenmäßige Begrenzung	292
aa) § 10 Abs. 4 Satz 4 G 10	292
bb) Begrenzungskaskade des G 10	293
cc) Zahlenmäßige Größenordnung strategischer Beschränkungen nach § 5 G 10	294
e) Gezielte Erfassung individueller Anschlüsse, § 5 Abs. 2 G 10	295
f) Kernbereichsschutz	297
g) Zweckbindung sowie Prüf-, Kennzeichnungs- und Löschungspflicht	298
2. Strategische Aufklärung in Einzelfällen bei Gefahr für Leib oder Leben, § 8 G 10	299
a) Anwendungsbereich	299
b) Erhöhte Eingriffsintensität	300
c) Anordnungsverfahren	301
aa) Antrag und Anordnung	301
bb) Bestimmung der beschränkten Telekommunikationsbeziehungen . . .	302
cc) Beteiligung der G 10-Kommission	303
d) Durchführung und Kernbereichsschutz	303
e) Zweckbindung sowie Prüf-, Kennzeichnungs- und Löschungspflicht	303
f) Anzahl der Maßnahmen nach § 8 G 10 in der Vergangenheit	304
3. Kontrolle durch die G10-Kommission	304
a) Umfassende Kontrollbefugnis	304
b) Einschränkung der Kontrollbefugnis nach allgemeinen Grundsätzen	305
4. Benachrichtigung des Betroffenen, § 12 G 10	306
a) Grundsatz	306
b) Entscheidung der G 10-Kommission über Aufschub und Nichtbenachrichtigung	306
c) Zahlenmäßige Größenordnung der Nichtmitteilung	307
5. Gerichtlicher Rechtsschutz	309
6. Verfassungsmäßigkeit der Gesamtregelung	310
a) Allgemein	310
b) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	311
aa) Gewichtige Beeinträchtigung des Fernmeldegeheimnisses	312
bb) Erhebliches Gewicht der geschützten Rechtsgüter	312
cc) Eingeschränkte Erfassungsdichte	312
dd) Umfassende materielle und verfahrensmäßige Sicherungen	313
ee) Rechtliche Begrenzung der Maßnahmen	315
ff) Umfassende Filterung der erfassten Daten noch vor Kenntnisnahme . . .	316

gg) Kernbereichsschutz	316
hh) Zweckbindung sowie Prüf-, Kennzeichnungs- und Löschungspflicht	317
ii) Abwägung	317
c) Ergebnis	318
IV. BNDG	319
1. Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, §§ 6 ff. BNDG	319
a) Anwendungsbereich	319
b) Kontrolle durch das Unabhängige Gremium	320
aa) Zusammensetzung des Unabhängigen Gremiums	321
(1) Berufung der Mitglieder	321
(2) Geschäftsstelle	322
(3) Sicherheitsüberprüfung	322
bb) Kontrollbefugnisse des Unabhängigen Gremiums	324
cc) Rechtsnatur des Unabhängigen Gremiums	325
c) Anordnungsverfahren	328
aa) Antrag und Anordnung	328
bb) Bestimmung der Suchbegriffe	328
cc) Beteiligung des UGr	330
(1) Anordnung von Telekommunikationsnetzen	330
(2) Anordnung bestimmter Suchbegriffe	331
d) Durchführung	332
e) Datenerhebungsverbote	332
f) Kernbereichsschutz	333
g) Prüf-, Kennzeichnungs- und Löschungspflicht	333
h) Benachrichtigung der Betroffenen	334
i) Stichprobenkontrollbefugnis des UGr	335
aa) Suchbegriffe mit europäischem Bezug	335
bb) Kooperationen mit ausländischen öffentlichen Stellen	336
j) Verfassungsmäßigkeit	336
aa) Zitiergebot, Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG	337
(1) §§ 6 ff. BNDG und das Zitiergebot	337
(2) Rechtsfolgen eines partiellen Verstoßes	338
bb) Gleichbehandlungsgebot, Art. 3 Abs. 1 GG	340
cc) Wesensgehaltsgarantie, Art. 19 Abs. 2 GG	340
dd) Bestimmtheitsprinzip	342
ee) Verhältnismäßigkeit	343
(1) Legitimes Ziel, Geeignetheit und Erforderlichkeit	343
(2) Angemessenheit	344

ff) Ergebnis	347
2. Sonstige Fernmeldeaufklärung, § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG	347
a) Tauglichkeit als Ermächtigungsgrundlage	348
b) Datenweiterverarbeitung, § 7 BNDG	349
c) Kernbereichsschutz	349
D. Fernmeldeaufklärung der Bundeswehr	350
I. Militärische Gewalt als grundrechtsgebundene Staatsgewalt	350
II. Rechtsgrundlage	352
1. Fernmeldeaufklärung im Verteidigungsfall	352
a) Verfassungsunmittelbare Befugnis zur Fernmeldeaufklärung	352
b) Schutzwirkung des Art. 10 GG im Verteidigungsfall	353
2. Fernmeldeaufklärung außerhalb des Verteidigungsfalls	354
a) Keine spezialgesetzliche Ermächtigung	354
b) Verfassungsunmittelbare Ermächtigung	355
aa) Art. 87a GG und Art. 24 Abs. 2 GG	355
(1) Einsatz der Bundeswehr zum Zwecke der Verteidigung	355
(2) Personalverteidigung	357
bb) Tauglichkeit als Eingriffsermächtigung	359
(1) Militärische Aufklärung gegen grundrechtsgeschützte Personen	359
(2) Vorbehalt des Gesetzes bei militärischen Auslandseinsätzen	361
cc) Ergebnis	363
Schluss	
A. Zusammenfassung	364
B. Summary of Results	365
Literaturverzeichnis	367
Sachwortverzeichnis	381

Einleitung

A. Zur Thematik

Im Zuge der Veröffentlichung zahlreicher vertraulicher Dokumente der US-amerikanischen *National Security Agency* durch deren früheren Mitarbeiter *Edward Snowden* im Jahre 2013 sind die Aktivitäten in- und ausländischer Akteure im Bereich der Fernmeldeaufklärung aus dem mit der Natur der Sache einhergehenden Halbdunkel mit bis heute anhaltender Wucht ins Blickfeld der Öffentlichkeit geraten. Wiewohl die daran sich anschließende Debatte naturgemäß auch die Rechtswissenschaft nicht unberührt ließ, zeigte gerade das jähe Anschwellen der Zahl einschlägiger Publikationen besonders eindrücklich, in welchem geringem Maße die Aufklärung internationaler Fernmeldeverkehre bis zu diesem Zeitpunkt Gegenstand rechtswissenschaftlicher Durchdringung gewesen ist. Dass solchermaßen anlassbezogener Forschungsdrang nicht immer *sine ira et studio* vonstattengeht, liegt auf der Hand. Mitunter konnte sich auch der fachliche Diskurs nicht gänzlich von den Usancen der politisch-publizistischen Auseinandersetzung abheben, in der Schärfe des Tonfalls und Entschiedenheit im Urteil bisweilen eher in Absicht denn in Einsicht zu gründen schienen.

Wie kaum ein anderes Rechtsgebiet war und ist jedoch gerade das Recht der Nachrichtendienste eine Disziplin, deren Gegenstand sich wesensgemäß im Undurchsichtigen entfaltet und die insoweit ungleich schwerer zugänglich ist als vergleichbare Teilbereiche des Rechts. Das Ansammeln von Herrschaftswissen im Verborgenen berührt gleichsam das innerste Arkanum staatlicher Machtausübung und entzieht sich darin in Teilen dem egalitaristischen Anspruch wissenschaftlichen Diskurses. Die mit der Vollziehung des Rechts Betrauten wahren über ebendiese meist Verschwiegenheit, sei es aus Verpflichtung gegenüber dem Gesetz oder aus Einsicht in die Notwendigkeit. Die Wissenschaft wiederum vermag wohl die *canones* der Auslegung in Anwendung zu bringen, läuft aber in Unkenntnis der praktischen Gegebenheiten oder auch nur der technischen Zusammenhänge schnell Gefahr, zum bloßen Glasperlenspiel zu geraten. Überspitzt gesprochen: Wenige, die sich auskennen, schreiben darüber, und wenige, die darüber schreiben, kennen sich aus. Diese schwerlich aufzulösende Dichotomie prägt das Rechtsgebiet und sie macht dessen Erhellung nicht einfacher. Dass die seit Jahrzehnten bestehenden Aktivitäten der Bundeswehr im Bereich der Fernmeldeaufklärung in der Rechtswissenschaft noch immer praktisch unerschlossen sind, sagt ein Übriges.

Nach alledem wird diese Arbeit weniger noch als jede andere den Anspruch auf Unfehlbarkeit oder auch nur auf erschöpfende Darstellung ihres Gegenstan-

des erheben können. Nichtsdestominder darf aus jenen Gegebenheiten kein Vorwand erwachsen, eine derart sensible Materie gleichsam sich selbst zu überlassen. Nachrichtendienste und Streitkräfte als notwendige Instrumente eines wehrhaft verfassten Staates sind selbstverständlicher Teil des staatlichen Lebens, und nicht weniger selbstverständlich sollte die wissenschaftliche Beschäftigung mit ihrem Handeln sein.

B. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung untergliedert sich in zwei Teile:

In einem ersten Teil sollen zunächst Schutzbereich und Schutzzumfang des durch Art. 10 GG gewährleisteten Fernmeldegeheimnisses untersucht werden. Neben der Frage nach dem sachlichen Schutzbereich und den einzelnen grundrechtlichen Gewährleistungsdimensionen soll dabei u. a. erörtert werden, welche Personen sich im Einzelnen auf das Fernmeldegeheimnis berufen können. Angesichts der hohen Prävalenz juristischer Personen im Bereich der klassischen Spionage, aber auch in jüngeren Phänomenbereichen wie Proliferation oder Terrorismusfinanzierung wird hierbei insbesondere der Grundrechtsschutz juristischer Personen auszuleuchten sein. Daran anschließend soll der territoriale Schutzgehalt des Fernmeldegeheimnisses und dabei namentlich die für die Tätigkeit eines Auslandsnachrichtendienstes ungemein bedeutsame Frage nach dem Grundrechtsschutz im Ausland befindlicher Ausländer untersucht werden. Abschließen soll der erste Teil mit einer Darstellung der Grundrechtsschranken und der Anforderungen an grundrechtseinschränkende Gesetze sowie einem kurzen Überblick über die Möglichkeit der Grundrechtsverwirkung.

In einem zweiten Teil soll sodann das unlängst in Teilen novellierte Regelungsregime im Bereich der Fernmeldeaufklärung untersucht werden. Neben der Erläuterung einiger tatsächlicher und begrifflicher Grundlagen der Fernmeldeaufklärung erfolgt hierfür zunächst ein kurzer Blick auf die Maßgaben des Völkerrechts zur Auslandsaufklärung. Die hieran anschließende Untersuchung der Regelungen zur Fernmeldeaufklärung unterteilt sich in eine Abschichtung der in Betracht kommenden rechtlichen Grundlagen, einen Überblick über die gesetzlichen Kontrollgremien sowie eine eingehende Untersuchung der einschlägigen Vorschriften des G 10-Gesetzes sowie des BND-Gesetzes. Den Abschluss der Untersuchung bildet schließlich die Behandlung der Fernmeldeaufklärung der Bundeswehr.

Erster Teil

Fernmeldegeheimnis

Dem Menschen als *zoon politikon*¹ ist das Leben in der Gemeinschaft wie damit auch der Austausch mit anderen Angehörigen seiner Gattung wesenseigen. Mit der Gewährleistung eines privaten, vor der Öffentlichkeit verborgenen Austauschs von Informationen schützen Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis daher nicht nur die freie Entfaltung der Persönlichkeit, sondern zugleich die Würde des Menschen,² die als Ausgangspunkt und normativer Leitstern allen staatlichen Handelns den innersten Wesenskern des vom Grundgesetz konstituierten Gemeinwesens ausmacht. Als besonderen Ausprägungen der Menschenwürdegarantie kommt den Gewährleistungen des Art. 10 GG deshalb auch innerhalb des Grundgesetzes ein hoher Rang zu.³

Entstehungsgeschichtlich aus dem Postgeheimnis erwachsen, stehen die Kommunikationsgrundrechte des Grundgesetzes als klassische bürgerliche Freiheitsrechte der „herrschaftszweckbezogenen Neugier“ des Staates entgegen und sollen eine unbefangene und vertrauliche Kommunikation auch über Distanz ermöglichen.⁴ Ihre besondere Bedeutung gewinnen sie „aus der Erfahrung, daß der Staat unter Berufung auf seine eigene Sicherheit sowie die Sicherheit seiner Bürger häufig zum Mittel der Überwachung privater Kommunikation gegriffen hat.“⁵ Für den Konvent von Herrenchiemsee sowie den Parlamentarischen Rat waren es denn auch die flagrante Missachtung von Post- und Fernmeldegeheimnis sowie die „totale Beseitigung jeder Kommunikationsvertraulichkeit“⁶ im Dritten Reich,⁷ die für das als „Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes“⁸ angelegte Grundgesetz eine gewährleistungsintensive Verbürgung dieser Grundrechte geboten. Als „spezifische verfassungsrechtliche Antwort auf konkrete ge-

¹ *Aristoteles*, *Politika* I, 2.

² BVerfGE 67, 157, 171; 110, 33, 53; 113, 348, 391; 115, 166, 182; 143, 1, 10.

³ BVerfGE 67, 157, 171; 143, 1, 10; *Durner*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 10 Rn. 1; *Guckelberger* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 10 Rn. 5; *Gusy* in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 10 Rn. 19; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 10 Rn. 1.

⁴ *Löwer*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 10 Rn. 2; ebenso *Badura*, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 10 Rn. 4 ff.

⁵ BVerfGE 85, 386, 396; zur Geschichte der Kommunikationsüberwachung eingehend *Bizer*, in: Denninger u. a., GG, Art. 10 Rn. 2 ff.

⁶ *Durner*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 10 Rn. 15.

⁷ Prägend hierfür die Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28.02.1933, RGBl. I 1933, S. 83, von *Fraenkel*, *Der Doppelstaat*, S. 55, 75 treffend als „Verfassungsurkunde des Dritten Reiches“ bezeichnet.

⁸ BVerfGE 124, 300, 328.