

Martin H. W. Möllers

Zur teilweisen Verfassungswidrigkeit der Strategischen Inland-Ausland-Fernmeldeüberwachung durch den Bundesnachrichtendienst im Bereich Cybergefahren Zum Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024¹

1 Einleitung

§ 1 Abs. 2 S. 1 BNDG regelt die Organisation und die Aufgaben des Bundesnachrichtendienstes (BND). Danach sammelt der BND die erforderlichen Informationen zur Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland, „die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind und wertet diese aus. Der BND soll [...] in die Lage versetzt werden, die technisch (nur) durch ihn generierbaren Erkenntnisse zur Cyber-Bedrohungslage und -Abwehr beizusteuern. Der BND trägt dadurch dazu bei, die Sicherheit von IT-Systemen zu verbessern. Vertraulichkeit, Integrität und Verfügbarkeit von IT-Systemen – insbesondere solchen Kritischer Infrastruktur – werden u.a. hierdurch gegen die neuen Gefahren gehärtet. Eine Kritische Infrastruktur kann u.a. das IT-System eines Energieversorgers oder eines Flughafens sein. Mit dem neuen Gefahrenbereich leistet der BND seinen Beitrag zum Ausbau der IT-Sicherheit der Bundesverwaltung, der Verbesserung der IT-Sicherheit bei Unternehmen sowie für einen verstärkten Schutz der Bürgerinnen und Bürger in einem sicheren Netz.“² Der Schutzauftrag an den BND schließt auch Maßnahmen ein, die zwar keinen eindeutigen/direkten Bezug zu Cyberangriffen mittels Schadsoftware aufweisen, jedoch auch zum weiten Themenfeld Cyber-Angriff gehören. Vergleichbar schädlich wirkende informationstechnische Mittel können sein u.a. Angriffe gegen die Verfügbarkeit von IT-Systemen mittels Überlastungsangriffe mit dem Ziel der Sabotage, das Vortäuschen einer Identität, um beispielsweise an Zugangsinformationen zu gelangen, Angriffe auf IT-Systeme unter Umgehung von physikalischen Grenzen etwa durch Abzug von Informationen von Systemen ohne Netzwerkanbindung unter Ausnutzung der Abstrahlung u. Ä. sowie Hardwaremanipulation von Netzwerkgeräten.³

Daher wurde im November 2015 für den Bereich der Cybergefahren neu in das Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz – G 10) die Befugnis des BND zur strategischen Inland-Ausland-Fernmeldeüberwachung eingefügt durch § 5 Abs. 1 S. 3 Nr. 8 G 10 aufgrund des Gesetzes zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes vom 17. November 2015⁴. Gegen diese gesetzliche Ermächtigung des BND zur strategischen Inland-Ausland-Fernmeldeaufklärung in Bezug auf internationale Cybergefahren richteten sich zwei Verfassungsbeschwerden.⁵

1 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 - | - 1 BvR 2539/16 -, https://www.bverfg.de/e/rs20241008_1bvr174316.html (letzter Abruf 18.11.2024).

2 BT-Drs. 18/4654, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes, vom 20.04.2015, S. 41.

3 Vgl. BT-Drs. 18/4654, S. 41.

4 BGBl I S. 1938.

5 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 74.

2 Zulässigkeit und Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

2.1 Zuständigkeit des BVerfG für die Grundrechtsprüfung

Da die datenschutzbezogenen Rechtsakte der Europäischen Union auf die Befugnisse des BND zur strategischen Inland-Ausland-Fernmeldeaufklärung gemäß Art. 4 Abs. 2 S. 3 EUV nicht anwendbar sind und insbesondere die nationale Sicherheit weiterhin in die alleinige Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten fällt, sieht sich das BVerfG für die Prüfung, ob die angegriffenen Normen mit den Grundrechten des Grundgesetzes vereinbar sind, als zuständig, auch wenn die angegriffenen Vorschriften Bezüge zu datenschutzrechtlichen Bestimmungen in Rechtsakten der EU aufweisen.⁶

2.2 Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden

Das BVerfG sieht die Verfassungsbeschwerden teilweise als zulässig an, soweit die Ermächtigung zur strategischen Inland-Ausland-Fernmeldeaufklärung im Sachbereich Cybergefahren gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 Nr. 8 G 10 nicht angemessen sei, weil sie sich gegen die Erfassung von Daten aus der rein inländischen Telekommunikation wenden. Zulässig sind die Verfassungsbeschwerden auch, soweit ein unzureichender Kernbereichsschutz bei der Datenerhebung für inländische Personen gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 und § 5a S. 1 G 10 und für ausländische Personen im Ausland nach § 5 Abs. 2 S. 3 iVm S. 2 Nr. 2 G 10 gerügt wird. Außerdem sind die Verfassungsbeschwerden zulässig, soweit die Aufbewahrungsfrist für die Dokumentation der Durchführung der strategischen Inland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nach § 5 Abs. 2 S. 6 G 10 als zu kurz und die unabhängige objektivrechtliche Kontrolle als unzureichend ausgestaltet gerügt wird.⁷

2.3 Begründetheit der Verfassungsbeschwerden

Soweit die Verfassungsbeschwerden zulässig sind, sind sie nach Ansicht des Senats auch überwiegend begründet. Denn die Beschwerdeführenden, auch wenn sie inländische juristische Personen sind, können sich auf das Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 Abs. 1 GG berufen. Als ausländische Personen im Ausland können sie sich auf Art. 10 Abs. 1 GG in seiner abwehrrechtlichen Funktion berufen. Der sachliche Schutzbereich des Telekommunikationsgeheimnisses aus Art. 10 Abs. 1 GG umfasst zum einen und zuvörderst den Kommunikationsinhalt. Das bedeutet, dass die öffentliche Gewalt grundsätzlich keine Möglichkeit haben soll, sich Kenntnis vom Inhalt der über Telekommunikationsanlagen abgewickelten Kommunikationen zu verschaffen, unabhängig davon, ob sie privat, geschäftlich oder politisch ist. Außerdem machen Übermittlungsarten oder Ausdrucksformen keinen Unterschied, sondern der Grundrechtsschutz umfasst alle Kommunikationen, die mittels der Telekommunikationstechnik ausgetauscht werden. Die Kommunikationsumstände, insbesondere, ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Anschlüssen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist, werden ebenso geschützt.

„Die Nutzung des Kommunikationsmediums soll in allem vertraulich sein. Indem das Grundrecht die einzelnen Kommunikationsvorgänge grundsätzlich dem staatlichen Zu-

⁶ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 77-81.

⁷ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 93 ff.

griff entzieht, will es zugleich die Bedingungen einer freien Telekommunikation überhaupt aufrechterhalten“.⁸

Dabei bezieht sich der Schutz durch Art. 10 Abs. 1 GG nicht nur auf den ersten Zugriff der Kenntnisnahme von Telekommunikationsvorgängen und -inhalten durch die öffentliche Gewalt. Vielmehr erstreckt sich die Schutzwirkung auch auf die Informations- und Datenverarbeitungsprozesse, die sich an die Kenntnisnahme von geschützten Kommunikationsvorgängen anschließen, und auf den Gebrauch, der von den erlangten Kenntnissen gemacht wird.⁹ Da § 5 Abs. 1 S. 3 Nr. 8 G 10 zur Erhebung und weiteren Verarbeitung personenbezogener Daten im Wege der heimlichen strategischen Telekommunikationsüberwachung ermächtigt, betrifft die Vorschrift diesen Gewährleistungsgehalt des durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützten Telekommunikationsgeheimnisses und greift – verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt¹⁰ – in das Fernmeldegeheimnis ein.

Die Befugnis zur strategischen Inland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nach § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 8 G 10 ermöglicht verschiedene Grundrechtseingriffe:

„Da Art. 10 Abs. 1 GG die Vertraulichkeit der Kommunikation schützen will, bildet jede Kenntnisnahme, Aufzeichnung und Verwertung von Kommunikationsdaten durch den Staat einen Grundrechtseingriff“.¹¹

Die Erfassung der Rohdatenströme von Telekommunikationsverkehren durch Abfangen von Satelliten- und Richtfunksignalen und die Erfassung kabelgebundener Datenströme sind im verfassungsrechtlichen Sinne Datenerhebungen und stellen sowohl gegenüber ausländischen Personen als auch gegenüber deutschen Staatsangehörigen einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG dar, unabhängig davon, ob sie sich im Inland oder Ausland aufhalten.¹² Diese Datenerhebungen machen die Daten der Betroffenen dem BND gezielt zugänglich. Der BND kann dadurch die erhobenen Daten nach inhaltlichen Kriterien auf der Grundlage von Suchbegriffen auswerten.

„Die später wieder ausgesonderten Daten werden dabei nicht nur ungewollt miterfasst, sondern bewusst erhoben, um auf relevante Erkenntnisse hin ausgewertet und gegebenenfalls genutzt zu werden“.¹³

Auch die Erfassung der Rohdatenströme von rein inländischen Telekommunikationsverkehren greift in Art. 10 Abs. 1 GG ein. Anders wäre es nur, wenn rein inländische Telekommunikationsverkehre ungezielt und allein technikbedingt zunächst miterfasst, aber unmittelbar nach der Signalaufbereitung technisch wieder spurlos ausgesondert würden, weil sich das behördliche Interesse an solchen ungezielt erfassten Daten in diesem Fall nicht derart verdichtet hätte, dass

„ein Betroffensein in einer einen Grundrechtseingriff auslösenden Qualität anzunehmen wäre“.¹⁴

8 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 136; vgl. BVerfGE 100, 313 (358 f.).

9 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 137; vgl. BVerfGE 100, 313 (359); E 125, 260 (309).

10 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 131.

11 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 140; vgl. schon BVerfGE 100, 313 (366); E 125, 260 (310) m.w.N.

12 Vgl. BVerfGE 154, 152 (229 f.) Rn. 114 ff., (252) Rn. 172.

13 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 141; vgl. BVerfGE 154, 152 (229) Rn. 115.

14 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 142.

Da nach dem derzeitigen Stand der Technik eine Herausfilterung der Daten von rein inländischen Telekommunikationsverkehren nicht vollständig möglich ist, können solche Daten in die Auswertung gelangen und werden erst bei ihrer Identifizierung im Rahmen der händischen Sichtung aussortiert. Zwar erlaubt § 5 Abs. 1 S. 3 Nr. 8 G 10 diese Vorgehensweise nicht in klar erkennbarer Weise, setzt aber ein solches Verständnis voraus, um überhaupt angewendet werden zu können.

*„In Bezug auf Personen, deren Daten auf diese Weise erfasst werden, ohne nach der Signalaufbereitung technisch wieder spurlos ausgesondert zu werden, und die damit von Mitarbeitenden des Bundesnachrichtendienstes zur Kenntnis genommen werden, begründet dies einen Eingriff“.*¹⁵

Hinzu treten weitere Grundrechtseingriffe durch § 5 Abs. 1 S. 3 Nr. 8 G 10. Zum einen ermächtigt diese Norm zur Auswertung der erfassten Daten. Zum anderen stellen die Befugnisse zur automatisierten Sichtung der erfassten Telekommunikation mittels Suchbegriffen, zur händischen Auswertung der hierbei herausgefilterten Telekommunikationsverkehre und zur weiteren Nutzung der erhobenen Daten durch den BND jeweils eigenständige Grundrechtseingriffe dar.¹⁶

Die Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG sind verfassungsrechtlich nur teilweise gerechtfertigt. Auch wenn die angegriffenen Normen formell verfassungsgemäß sind, weil dem Bund insoweit die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG zusteht.¹⁷ Sie genügen aber nicht den Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Denn Ermächtigungen zu heimlichen Überwachungsbefugnissen sind nur dann materiell verfassungskonform, wenn sie den Anforderungen der Bestimmtheit und Normenklarheit und der Verhältnismäßigkeit genügen. Die strategische Telekommunikationsüberwachung ist ein Instrument von besonders schwerem Eingriffsgewicht allein aus dem Grund, dass im Rahmen dieser Überwachung heimlich in Kommunikationen eingedrungen wird, die oftmals privaten und unter Umständen auch höchstvertraulichen Charakter haben.

*„Allerdings mindert sich das Eingriffsgewicht der strategischen Inland-Ausland-Fernmeldeaufklärung dadurch, dass sie typischerweise weniger zielgenau als die Überwachung individueller Telekommunikation und nicht vollständig ist.“*¹⁸

Dagegen fällt erschwerend die außerordentliche Streubreite der strategischen Telekommunikationsüberwachung ins Gewicht, da sie anlasslos gegenüber jeder Person erlaubt und allein durch bestimmte Zwecksetzungen final angeleitet wird. Es hat sich einerseits die Reichweite infolge der technischen Entwicklungen enorm ausgeweitet und die Analysemöglichkeiten der Nachrichtendienste wurden erheblich weiterentwickelt. Auch ermöglicht die strategische Telekommunikationsüberwachung mittlerweile durch die Verwendung formaler Suchbegriffe wie Telekommunikationskennungen außerdem gezielt personenbezogene Überwachungen, sodass sie dadurch näher an die individuelle Telekommunikationsüberwachung heranrückt.¹⁹

„Diesem besonders schweren Eingriffsgewicht steht mit einer wirksamen darauf gerichteten Inland-Ausland-Aufklärung durch den Bundesnachrichtendienst, die in § 5 Abs. 1

15 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), ebd.

16 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 143.

17 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 145-150.

18 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 158.

19 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), I. Leitsatz und Rn. 159-160.

G 10 genannten Gefahren rechtzeitig erkennen und ihnen begegnen zu können, ein überragendes öffentliches Interesse gegenüber.“²⁰

Das liegt zum einen an der grundlegend gewandelten außen- und sicherheitspolitischen Lage als auch zum anderen hinsichtlich der erheblich gesteigerten technologischen Möglichkeiten. Die Früherkennung von aus dem Ausland drohenden Gefahrenlagen, die immer mehr zunehmen, gewinnt deshalb für die Sicherheit besondere Bedeutung.

„Die Erweiterung und Internationalisierung der Kommunikationsmöglichkeiten und die damit gesteigerte Politisierung und Organisationsfähigkeit international agierender staatlicher und nichtstaatlicher Gruppierungen führen dazu, dass innerstaatliche Gefahrenlagen oftmals durch Netzwerke international zusammenarbeitender Akteure begründet sind. Solche Aktivitäten zielen zum Teil auf eine Destabilisierung des Gemeinwesens und können zur Bedrohung für die verfassungsmäßige Ordnung, den Bestand und die Sicherheit des Bundes oder der Länder sowie für Leib, Leben und Freiheit werden. Dies sind Rechtsgüter von überragendem verfassungsrechtlichem Gewicht, für deren Schutz der Gesetzgeber eine wirksame und zugleich rechtsstaatlich eingehegte Auslandsaufklärung als unverzichtbar ansehen kann.“²¹

Trotz dieses überragenden öffentlichen Interesses verletzt aber die Ermächtigung zur Datenerhebung und der weiteren Datenverarbeitung im Wege der strategischen Inland-Ausland-Fermeldeaufklärung nach § 5 Abs. 1 S. 3 Nr. 8 G 10 das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG, weil die Ermächtigung nicht in vollem Umfang dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt. Zwar dient diese Ermächtigung einem legitimen Zweck, weil die strategische Überwachung Erkenntnisse über Cybergefahren aus dem Ausland verschaffen soll, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind, und ist geeignet, weil diese gesetzliche Regelung den Gesetzeszweck zu fördern ermöglicht. Außerdem ist die Ermächtigung erforderlich, um diesen Zweck zu erreichen. Denn ohne die breit angelegte anlasslose Erfassung von Datenströmen und deren Auswertung könnten entsprechende Informationen von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung nicht gewonnen werden.²²

„Die Befugnis zur strategischen Inland-Ausland-Aufklärung ist trotz ihres besonders hohen Eingriffsgewichts aufgrund des überragenden öffentlichen Interesses grundsätzlich mit Art. 10 Abs. 1 GG vereinbar, bedarf aber der verhältnismäßigen Ausgestaltung.“²³

Das Gericht entschied, dass diese Norm den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engen Sinn an die Begrenzung und Strukturierung der strategischen Inland-Ausland-Fermeldeaufklärung nicht vollumfänglich genügt. Zwar ist die Überwachungsbefugnis in § 5 Abs. 1 S. 3 Nr. 8 G 10 hinreichend bestimmt und normenklar auf den Schutz hochrangiger Gemeinschaftsgüter, deren Verletzung schwere Schäden für den äußeren und inneren Frieden und die Rechtsgüter Einzelner zur Folge hätte, begrenzt. Und auch die Art der Cyberbedrohungen, die von dieser Norm erfasst werden, ist hinreichend bestimmt und normenklar geregelt.²⁴ Es fehlen aber der Befugnis zur strategischen Inland-Ausland-Fermeldeaufklärung nach § 5 Abs. 1 S. 3 Nr. 8 G 10 zum einen eine hinreichend bestimmte und normenklare Regelung zur Aussonderung von Daten aus rein inländischen Telekommunikationsverkehren, durch die die Befugnis-

20 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 161; vgl. auch den 2. Leitsatz.

21 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 161 a.E.

22 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 174-179.

23 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), 3. Leitsatz, Satz 1.

24 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 185-190.

norm entsprechend begrenzt und ausgestaltet wird. Denn bei der Durchführung der strategischen Inland-Ausland-Fernmeldeaufklärung werden zwingend auch Daten aus rein inländischen Telekommunikationsverkehren miterfasst.

„Das Artikel 10-Gesetz enthält keine Vorgaben dazu, wie mit diesen notwendig miterfassten Daten aus rein inländischen Telekommunikationsverkehren umzugehen ist. Zwar findet in der Praxis nach Angaben der Bundesregierung eine automatische Filterung und Aussonderung der rein inländischen Telekommunikationsdaten statt. Dies entbindet aber nicht den Gesetzgeber von seiner verfassungsrechtlichen Verpflichtung, bestimmt und normenklar zu regeln, dass Daten aus der rein inländischen Telekommunikation mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln technisch herausgefiltert und spurenlos gelöscht werden müssen, bevor eine manuelle Auswertung erfolgt. Außerdem ist zu regeln, dass die Filtermethoden kontinuierlich fortzuentwickeln sind.“²⁵

Ferner fehlen im Gesetz ausreichende Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung, zu dem die Möglichkeit gehört, innere Vorgänge, Überlegungen und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck zu bringen. Dieser Kernbereich gilt auch gegenüber ausländischen Personen im Ausland, sodass Suchbegriffe, die den Kernbereich der Lebensgestaltung betreffen, gegenüber diesen Personen nicht eingesetzt werden dürfen. Geschützt ist insbesondere die nichtöffentliche Kommunikation mit Personen des höchstpersönlichen Vertrauens, die in der berechtigten Annahme geführt wird, nicht überwacht zu werden. Denn § 5 Abs. 2 S. 3 G 10 schließt jedenfalls nicht hinreichend bestimmt und normenklar die Verwendung von Suchbegriffen aus, die den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betreffen.²⁶

Zum anderen stellt der Senat fest, dass die Regelung in § 5 Abs. 2 S. 6 G 10 über die Frist für die Löschung der Dokumentation der Durchführung der strategischen Inland-Ausland-Fernmeldeaufklärung den verfassungsrechtlichen Anforderungen dadurch nicht gerecht wird, dass sie zu kurz bemessen wurde, um den von der Überwachung Betroffenen effektiven subjektiven Rechtsschutz zu ermöglichen.²⁷ Nach § 5 Abs. 2 S. 4 G 10 ist die Durchführung der strategischen Inland-Ausland-Fernmeldeaufklärung zu protokollieren, um eine korrekte Handhabung der Überwachungsmaßnahmen durch eine lückenlose Dokumentation zu gewährleisten. Nach § 5 Abs. 2 S. 6 G 10 ist diese Dokumentation am Ende des Kalenderjahres, das dem Jahr der Protokollierung folgt, zu löschen. Diese Lösungsfrist ist zwar ausreichend lang bemessen, um eine effektive objektivrechtliche Kontrolle durch die G 10-Kommission zu ermöglichen. Aber die Lösungsfrist des § 5 Abs. 2 S. 6 G 10 zu kurz, um den von der Überwachung Betroffenen effektiven subjektiven Rechtsschutz zu ermöglichen. Tatsächlich ist nicht sichergestellt, dass die Daten der Protokollierung noch vorhanden sind, wenn ein Betroffener von einer Überwachungsmaßnahme benachrichtigt wird. Denn die starre Lösungsfrist des § 5 Abs. 2 S. 6 G 10 beginnt im Zeitpunkt der Protokollierung. Sie nimmt aber keinen Bezug auf die Regelungen zur Benachrichtigung nach § 12 G 10. Dies ist aber deshalb notwendig, weil die Benachrichtigung gemäß § 12 Abs. 2 S. 1 iVm Abs. 1 S. 1 G 10 erst *nach der endgültigen Einstellung* der jeweiligen Maßnahme erfolgt. Dass die Protokolldaten zu diesem Zeitpunkt der endgültigen Einstellung noch vorhanden sind, ist keineswegs sichergestellt.²⁸

25 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 193.

26 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 196-198; vgl. BVerfGE 154, 152 (263) Rn. 204.

27 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 191-200.

28 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 201-206.

„Zudem wird die Ausgestaltung der unabhängigen objektivrechtlichen Kontrolle der strategischen Inland-Ausland-Fernmeldeüberwachung nach dem Artikel 10-Gesetz den besonders hohen verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht in vollem Umfang gerecht.“²⁹

Das sieht das Gericht schon darin, dass die Mitglieder der G 10-Kommission, die lediglich ein öffentliches Ehrenamt inne haben, nicht – wie verfassungsrechtlich geboten – hauptamtlich tätig sind. Als Ersatz für den in erheblichem Umfang eingeschränkten subjektiven Rechtsschutz gegen Maßnahmen der strategischen Auslandsfernmeldeaufklärung verlangt das BVerfG „eine fachlich kompetente, professionalisierte gerichtsähnliche Kontrolle sicherzustellen, die materiell und verfahrensmäßig einer gerichtlichen Kontrolle gleichwertig, insbesondere mindestens ebenso wirkungsvoll ist“³⁰. Um dies sicherzustellen, ist bei der Zusammensetzung des gerichtsähnlichen Kontrollorgans zu gewährleisten, dass die richterliche Perspektive in diesem Kontrollorgan vertreten ist, sodass diesem gerichtsähnlichen Kontrollorgan auch Mitglieder mit *richterlicher Erfahrung* angehören müssen, was bei Mitgliedern, welche die *Befähigung zum Richteramt* haben, nicht zwingend der Fall sein muss.³¹

3 Ergebnis des Beschlusses

Die vier genannten Gründe des BVerfG zeigen, dass die Ermächtigung zur Datenerhebung und weiteren Datenverarbeitung im Wege der strategischen Inland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nach § 5 Abs. 1 S. 3 Nr. 8 G 10 nicht in vollem Umfang dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt und daher nicht mit Art. 10 Abs. 1 GG vereinbar, also verfassungswidrig ist. Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit gesetzlicher Vorschriften führt grundsätzlich zu deren Nichtigkeit. Allerdings kann sich das BVerfG nach § 31 Abs. 2 S. 2 u. 3 BVerfGG auch darauf beschränken, eine verfassungswidrige Norm nur für mit der Verfassung unvereinbar zu erklären, ohne die Nichtigkeit auszusprechen. Die Unvereinbarkeitserklärung kann das Bundesverfassungsgericht dabei zugleich mit der Anordnung einer befristeten Fortgeltung der verfassungswidrigen Regelung verbinden.

„Dies kommt in Betracht, wenn die sofortige Ungültigkeit der zu beanstandenden Norm dem Schutz überragender Güter des Gemeinwohls die Grundlage entziehen würde und eine Abwägung mit den betroffenen Grundrechten ergibt, dass der Eingriff für eine Übergangszeit hinzunehmen ist.“³²

Da die Gründe für die Verfassungswidrigkeit dieser Überwachungsermächtigung nicht den Kern der mit ihr eingeräumten Befugnisse betreffen, sondern lediglich einzelne Aspekte ihrer rechtsstaatlichen Ausgestaltung, ist der Gesetzgeber in der Lage, die verfassungsrechtlichen Beanstandungen nachzubessern und damit den Kern der mit der Ermächtigung verfolgten Ziele auf verfassungsmäßige Weise zu verwirklichen. Für diese Nachbesserung setzt der Senat dem Gesetzgeber eine Frist bis zum Ablauf des 31. Dezember 2026, verbunden mit der Auflage für den BND, Daten aus rein inländischen Telekommunikationsverkehren – soweit technisch möglich – automatisiert herauszufiltern und unverzüglich automatisiert zu löschen, und entsprechende Daten, die trotz dieser automatisierten Filterung erhoben werden, unverzüglich

29 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 207.

30 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 172, 208.

31 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 209; vgl. BVerfGE 154, 152 (295) Rn. 286.

32 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 213.

zu löschen. Ferner dürfen auch gegenüber ausländischen Personen im Ausland keine Suchbegriffe, die den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betreffen, eingesetzt werden. § 5 Abs. 2 S. 3 G 10 findet deshalb in Bezug auf § 5 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 G 10 keine Anwendung. Auf die Protokolldaten nach § 5 Abs. 2 S. 5 G 10 findet an Stelle von § 5 Abs. 2 S. 6 G 10 die Regelung aus § 6 Abs. 1 S. 6 u. 7 G 10 Anwendung.³³

Zusammenfassend lässt sich feststellen: Der Erste Senat stellte im 3. Leitsatz seines Beschlusses heraus:

„Erforderlich sind [...] insbesondere Maßgaben zur Aussonderung der Telekommunikationsdaten aus rein inländischen Telekommunikationsverkehren, die Gewährleistung des Kernbereichsschutzes und Löschungspflichten sowie eine unabhängige objektivrechtliche Kontrolle.“³⁴

Nach Entscheidung des Ersten Senats des BVerfG ist die Befugnis zur strategischen Inland-Ausland-Fernmeldeaufklärung trotz ihres besonders hohen Eingriffsgewichts aufgrund des *überragenden öffentlichen Interesses* gerade auch an der Aufklärung von internationalen Cybergefahren zum Schutz hochrangiger Gemeinschaftsgüter grundsätzlich mit Art. 10 Abs. 1 GG vereinbar. Voraussetzung für die Verfassungsgemäßheit ist allerdings, dass das Gesetz so ausgestaltet ist, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt.

In seinem Beschluss stellt das Gericht jedoch erstens fest, dass derzeit eine hinreichende Regelung zur Aussonderung von Daten aus rein inländischen Telekommunikationsverkehren fehlt. Zweitens sieht es den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung für ausländische Personen im Ausland in § 5 Abs. 2 S. 3 iVm § 5 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 G 10 als unzureichend an. Drittens moniert der Senat, dass die Aufbewahrungsfrist für die Dokumentation der durchgeführten strategischen Inland-Ausland-Fernmeldeaufklärung in § 5 Abs. 2 S. 6 G 10 zu kurz ist. Und schließlich viertens ist ebenfalls unzureichend die Ausgestaltung der unabhängigen objektivrechtlichen Kontrolle durch die G 10-Kommission in § 15 G 10.

33 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 214-216.

34 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 2024 - 1 BvR 1743/16 -, a. a. O. (Fn. 1), 3. Leitsatz, Satz 2.