



# Deutscher Bundestag

1. Untersuchungsausschuss  
nach Artikel 44 des Grundgesetzes

## Stenografisches Protokoll der 5. Sitzung - Endgültige Fassung\* -

### 1. Untersuchungsausschuss

Berlin, den 22. Mai 2014, 11.00 Uhr  
Paul-Löbe-Haus, Europasaal (4.900)  
10557 Berlin, Konrad-Adenauer-Str. 1

Vorsitz: Prof. Dr. Patrick Sensburg, MdB

## Tagesordnung

### Tagesordnungspunkt

*Öffentliche Anhörung von Sachverständigen*

*Seite 4*

- Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier
- Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem
- Prof. Dr. Matthias Bäcker

\* Hinweis:

Die Korrekturen und Ergänzungen der Sachverständigen Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier (Anlage 1), Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem (Anlage 2) und Prof. Dr. Matthias Bäcker (Anlage 3) sind in das Protokoll eingearbeitet.



### Mitglieder des Ausschusses

	<b>Ordentliche Mitglieder</b>	<b>Stellvertretende Mitglieder</b>
CDU/CSU	Kiesewetter, Roderich Schipanski, Tankred Sensburg, Prof. Dr. Patrick	Ostermann, Dr. Tim Warken, Nina Wendt, Marian
SPD	Flisek, Christian Krüger, Dr. Hans-Ulrich	Lischka, Burkhard Mittag, Susanne
DIE LINKE.	Renner, Martina	Hahn, Dr. André
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Notz, Dr. Konstantin von	Ströbele, Hans-Christian

### Fraktionsmitarbeiter

CDU/CSU	Cossel, Claudia von Feser, Dr. Andreas Hahn, Fabian Ingelheim, Christoph von Kühnau, Dan Otto, Birgit Wendt, Dr. Christina
SPD	Dähne, Dr. Harald Etzkorn, Irene Hanke, Christian Diego Hawxwell, Anne Heyer, Christian Olechnowicz, Christin
DIE LINKE.	Cyrson, Monique von Kleffner, Heike Lehmann, Dr. Jens Nowak, Andre Scheele, Dr. Jürgen
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Kant, Martina Leopold, Nils

**Teilnehmer Bundesregierung**

Bundeskanzleramt	Brunst, Phillip Wolff, Philipp
Bundesministerium des Innern	Akmann, Torsten Darge, Dr. Tobias Gierth, Sonja Hauer, Florian Jacobi, Stephan Weiss, Jochen
Bundesministerium für Verteidigung	Theis, Björn
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie	Hohensee, Gisela
Auswärtiges Amt	Berkemeier, Gunnar Lehmann, Uta
Die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit	Kremer, Dr. Bernd

**Teilnehmer Bundesrat**

LV Bayern	Luderschmid, Florian
LV Brandenburg	Bangel, Bettina
LV Hessen	Steinbach, Arvid
LV Niedersachsen	Pietsch, Dietmar
LV Sachsen	Lang, Julia



(Beginn: 11.06 Uhr)

**Einziger Punkt der Tagesordnung:**

Öffentliche Anhörung von Sachverständigen:

Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier

Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem

Prof. Dr. Matthias Bäcker

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Meine sehr verehrten Damen und Herren! Ich eröffne die 5. Sitzung des 1. Untersuchungsausschusses der 18. Wahlperiode, darf Sie alle ganz herzlich begrüßen.

Nach Artikel 44 Absatz 1 des Grundgesetzes erhebt der Untersuchungsausschuss seine Beweise in öffentlicher Sitzung. Ich stelle fest, die Öffentlichkeit ist hergestellt. Die Öffentlichkeit und die Pressevertreter darf ich ganz besonders herzlich begrüßen.

Bevor ich zum eigentlichen Gegenstand der heutigen Sitzung komme, gestatten Sie mir einige Vorbemerkungen.

Ton- und Bildaufnahmen sind während der öffentlichen Beweisaufnahme grundsätzlich nicht zulässig.

Wegen des besonderen öffentlichen Interesses hat der Ausschuss nach § 13 des Untersuchungsausschussgesetzes beschlossen, von der heutigen Sitzung ausnahmsweise eine Videoaufzeichnung durch die Bundestagsverwaltung fertigen zu lassen. Diese wird zeitversetzt im Hauskanal des Deutschen Bundestages übertragen.

Sonstige Bild-, Ton- oder Filmaufzeichnungen sind nicht zulässig. Entsprechende Geräte sind abzuschalten. Das gilt für Handys, andere Tablet Devices oder vergleichbare Geräte, sowohl im Saal als auch auf der Tribüne. Ein Verstoß gegen dieses Gebot kann nach dem Hausrecht des Bundestages nicht nur zu einem dauernden Ausschluss von den Sitzungen dieses Ausschusses sowie des ganzen Hauses führen, sondern gegebenenfalls auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Sie würden dann das Hausrecht verletzen.

Aufgrund von Beweisbeschluss SV-2 vom 10. April 2014 findet heute die Beweisaufnahme durch Sachverständigenanhörung statt. Thema der heutigen Sachverständigenanhörung ist

die - jetzt zitiere ich wörtlich aus dem Beschluss; also wundern Sie sich nicht über diese lange Formulierung - „Nationale Regelungslage in Deutschland im Untersuchungszeitraum zur Erhebung, Speicherung auf Vorrat und Weitergabe von Daten aus und über Telekommunikationsvorgänge und Internetnutzung aller Art von Privatpersonen und öffentlichen Stellen durch staatliche Stellen des Bundes oder Stellen der Staaten der sogenannten Five Eyes bzw. in deren Auftrag handelnde Dritte, einschließlich der Frage, welche verfassungsrechtlichen Schutzpflichten in diesem Zusammenhang bestehen“.

Dazu darf ich ganz herzlich unsere Sachverständigen begrüßen:

Herrn Professor Dr. Hans-Jürgen Papier, von 1998 bis 2010 Richter am Bundesverfassungsgericht, ab 2002 dessen Präsident, heute emeritierter Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München. Seien Sie herzlich begrüßt!

Herrn Professor Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem, ehemaliger Justizsenator der Freien und Hansestadt Hamburg, von 1999 bis 2008 Richter am Bundesverfassungsgericht und heute Affiliate Professor an der Bucerius Law School in Hamburg. Seien auch Sie herzlich begrüßt!

Herrn Professor Dr. Matthias Bäcker, Juniorprofessor für Öffentliches Recht, insbesondere Grundrechtsschutz in Deutschland und Europa, Polizei- und Sicherheitsrecht sowie Recht der Informationstechnik an der Universität Mannheim. Auch Ihnen sage ich: Seien Sie herzlich begrüßt!

Ich weise Sie darauf hin, dass die Bundestagsverwaltung eine Tonbandaufnahme dieser Sitzung fertigt. Diese dient ausschließlich dem Zweck, die stenografische Aufzeichnung der Sitzung zu erleichtern. Die Tonbandaufnahme wird nach Erstellung des Protokolls dann auch wieder gelöscht.

Das Protokoll dieser Sitzung wird Ihnen nach Fertigstellung zugestellt. Sie haben, falls dies gewünscht ist, die Möglichkeit, innerhalb von zwei Wochen Korrekturen und Ergänzungen vorzunehmen, falls das Protokoll an irgendeiner Stelle dieser bedarf. Haben Sie hierzu Fragen? - Ich sehe, das ist nicht der Fall.

Vor Ihrer Anhörung, meine Herren Sachverständigen, habe ich Sie zu belehren. Sie sind als



Sachverständige geladen worden. Als Sachverständige sind Sie verpflichtet, die Wahrheit zu sagen. Ihre Aussagen müssen richtig und vollständig sein. Sie dürfen nichts weglassen, was zur Sache gehört, und nichts hinzufügen, was der Wahrheit widerspricht.

Ich habe Sie außerdem auf die möglichen strafrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen die Wahrheitspflicht hinzuweisen. Wer vor dem Untersuchungsausschuss uneidlich falsch aussagt, kann gemäß § 162 in Verbindung mit § 153 des Strafgesetzbuchs mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden.

Nach § 28 in Verbindung mit § 22 Absatz 2 des Untersuchungsausschussgesetzes können Sie allerdings die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung Sie selbst oder Angehörige im Sinne des § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung der Gefahr aussetzen würde, einer Untersuchung nach einem gesetzlich geordneten Verfahren ausgesetzt zu werden. Dies betrifft neben Verfahren wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit auch Disziplinarverfahren.

Ich denke, hierzu haben Sie keine Fragen. Bei dem vorhandenen Sachverstand bin ich mir sicher, dass Sie uns inhaltstief und ausgiebig Auskunft geben können.

Nach diesen notwendigen Vorbemerkungen darf ich Ihnen den geplanten Ablauf kurz darstellen. Zu Beginn haben Sie nach § 28 in Verbindung mit § 24 Absatz 4 des Untersuchungsausschussgesetzes Gelegenheit, zum Beweisthema im Zusammenhang vorzutragen. Zunächst erhält Professor Papier das Wort, im Anschluss Professor Hoffmann-Riem und zum Schluss Herr Professor Becker. Ich bitte Sie dabei, sich bei Ihrem einführenden Statement jeweils an einen Zeitrahmen von circa 15 Minuten zu halten. Danach werde ich als Vorsitzender einige Fragen stellen. Im Anschluss erhalten die übrigen Ausschussmitglieder das Wort für Fragen. Dies geschieht nach dem Stärkeverhältnis der Fraktionen nacheinander.

Gibt es hierzu Fragen? - Ich sehe, das ist nicht der Fall.

Zunächst darf ich Sie jetzt um die Eingangsaussagen bitten und würde Herrn Professor Dr. Papier Gelegenheit zu seinen einführenden Worten jetzt geben. Ich darf Ihnen das Wort geben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Sehr geehrter Herr Vorsitzender! Meine Damen und Herren Abgeordnete! Die Spähprogramme von NSA und anderen ausländischen Diensten ähneln offenbar einer auf nationaler Ebene in Deutschland und auch auf der Ebene der EU diskutierten flächendeckenden, vorsorglich anlasslosen und mehr oder weniger voraussetzungslosen Erhebung und Speicherung aller Telekommunikationsdaten, die für die Strafverfolgung oder Gefahrenprävention einschließlich einer Vorfeldaufklärung der Nachrichtendienste nützlich sein könnten.

Zur Darstellung der in Deutschland in dieser Hinsicht geltenden Rechtslage empfiehlt es sich daher, auf die Regeln und die Voraussetzungen zu verweisen, die das Bundesverfassungsgericht in seinem grundlegenden Urteil vom 2. März 2010 zur sogenannten Vorratsdatenspeicherung aufgestellt hat und die daher nicht nur den Rang eines einfachen Gesetzes haben, sondern allen nationalen Gesetzesregelungen, die diesen detaillierten Vorgaben nicht entsprechen, wegen ihres Verfassungsranges die Geltungskraft nehmen.

Für die Regelungsebene der Europäischen Union gilt Entsprechendes gemäß der erst kürzlich ergangenen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, und zwar der Großen Kammer, vom 8. April 2014, in der auf der Grundlage der Artikel 7 und 8 der EU-Grundrechtecharta mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Wesentlichen übereinstimmende, wenngleich auch nicht so detaillierte Anforderungen aufgestellt worden sind.

Die in Deutschland geltenden, vom Bundesverfassungsgericht im Wesentlichen bestätigten Befugnisnormen für Beschränkungen des Telekommunikationsgeheimnisses bzw. des Grundrechtes auf Schutz der Vertraulichkeit und der Integrität informationstechnischer Systeme im Gefahrenrecht und im Strafverfahrensrecht lassen bei aller Differenziertheit im Wesentlichen nur Eingriffe gegen individualisierbare Personen oder Anschlüsse zu. Sie dienen also der gezielten Erfassung bestimmter Anschlüsse oder Telekommunikationsverkehre, und zwar dann, wenn konkrete Tatsachen zu dem Verdacht der Begehung, der Vorbereitung oder Planung schwerer Straftaten vorliegen.



Eine Ausnahme besteht im Hinblick auf die strategischen Beschränkungen des Telekommunikationsgeheimnisses durch den Bundesnachrichtendienst nach § 5 des Gesetzes zu Artikel 10. Darauf werde ich aber gegebenenfalls noch zurückkommen.

Nun zur Erhebung und Speicherung auf Vorrat: Nach der Rechtsprechung - ich habe es schon gesagt - des Bundesverfassungsgerichts verstößt eine<sup>1</sup> flächendeckende, vorsorglich anlasslose Speicherung aller Telekommunikationsverkehrsdaten, die für die Strafverfolgung oder für die Gefahrenprävention nützlich sein könnten, gegen deutsches Verfassungsrecht. Die Wahrung<sup>2</sup> der Freiheitsrechte der Bürger darf nicht total erfasst und registriert werden. Dieses Verbot gehört sogar, wie es in der Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung aus dem Jahre 2010 heißt, zur „verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland“, das die staatlichen Organe der Bundesrepublik nicht nur unmittelbar bindet, sondern für dessen Wahrung sich Deutschland auch „in europäischen und internationalen Zusammenhängen einsetzen muss“. Eine vom Staat vorgenommene oder durch staatliche Regelungen veranlasste Sammlung von personenbezogenen Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder nicht bestimmbar Zwecken ist nach dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die übrigens vom Europäischen Gerichtshof letztlich im Wesentlichen geteilt wird, strikt untersagt.

Ich bin gerne bereit, in einem späteren Zusammenhang auf die Einzelbegründungen des Gerichts für diese doch sehr rigide und sehr einschränkungslöse Aussage zurückzukommen. Ich darf vielleicht nur als Fazit noch einmal betonen: Die mit dem Gesetz vom 21. Dezember 2007 eingeführte Regelung der sogenannten Vorratsdatenspeicherung zum Abruf der Daten erfüllte alle vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten engen Voraussetzungen für die Verfassungsmäßigkeit eines solchen Vorgehens nicht. Diese Voraussetzungen sind insbesondere aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abgeleitet worden. Deshalb sind die Regelungen vom Gericht für verfas-

sungswidrig und nichtig erklärt worden. Sie waren damit zu keinem Zeitpunkt geltendes deutsches Recht.

Also noch mal zusammengefasst: Eine flächendeckende, vorsorglich anlasslose und verdachtsunabhängige Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten - sei es beim privaten Diensteanbieter, sei es beim Staat - darf und durfte<sup>3</sup> nach deutschem Verfassungsrecht nicht erfolgen. Damit entfällt selbstverständlich auch jede rechtliche Möglichkeit des Abrufs solcher Daten durch staatliche Behörden, und das gilt natürlich erst recht für die Inhalte der Telekommunikation.

Lassen Sie mich jetzt zu einem zweiten Punkt kommen. Die Grundrechte des Grundgesetzes binden nach Artikel 1 Absatz 3 des Grundgesetzes Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Aber diese unmittelbare Bindungswirkung gilt nur für die vom Grundgesetz konstituierte deutsche öffentliche Gewalt. Auch Artikel 10, also das Grundrecht auf Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses, entfaltet seinen unmittelbaren freiheitsrechtlichen Schutz nur gegenüber Eingriffen, die der deutschen öffentlichen Gewalt zurechenbar sind. Sie können es auch anders ausdrücken: Der Schutzbereich der Grundrechte des Grundgesetzes endet dort, - ich zitiere aus einer früheren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts - „wo ein Vorgang in seinem wesentlichen Verlauf von einem fremden Staat nach seinem, von der Bundesrepublik Deutschland unabhängigen Willen gestaltet wird“.

Deutsche Behörden einschließlich der Nachrichtendienste sind an Artikel 10 - und natürlich auch an die anderen Grundrechte, die hier relevant werden können - auch dann gebunden, wenn und soweit sie die grenzüberschreitende Telekommunikation überwachen. Artikel 10 schützt als Menschenrecht und damit gemäß seinem weiten personellen Schutzbereich nicht nur Deutsche, sondern auch Ausländer. Das gilt uneingeschränkt für die Telekommunikationsverkehre von Deutschen und Ausländern im deutschen Staatsgebiet, aber auch für solche, bei denen ein Endpunkt der Kommunikation im Ausland, der andere im Inland liegt.

1) Ergänzung des Sachverständigen: "voraussetzungslose", siehe Anlage 1.

2) Richtigstellung des Sachverständigen: "Wahrnehmung", siehe Anlage 1.

3) Protokoll korrigiert, siehe Anlage 1.



Sofern beide Endpunkte des Telekommunikationsverkehrs im Ausland liegen, sind die den Eingriff in das Grundrecht vornehmenden deutschen Behörden aber grundsätzlich gleichfalls an Artikel 10 gebunden. Der räumliche Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses ist also nicht auf das Inland begrenzt. Das gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls dann - und das ist ja vielfach der Fall -, wenn eine im Ausland stattfindende Telekommunikation durch Erfassung und Auswertung im Inland hinreichend mit inländischem staatlichen Handeln verknüpft ist.

Eingriffe in das Telekommunikationsgeheimnis, auch in das von Ausländern, unterliegen dagegen nicht dem Schutzbereich der deutschen Grundrechte, wenn und soweit die Eingriffe von ausländischen Behörden vorgenommen werden. Die aus den Grundrechten des Grundgesetzes folgenden freiheitsrechtlichen Eingriffsverbote sind - mit anderen Worten - an die deutsche öffentliche Gewalt adressiert.

Eine Zurechenbarkeit solcher Eingriffe auch an die deutsche öffentliche Gewalt ist allerdings nach meiner Einschätzung dann geboten, wenn und soweit diese Eingriffe vom deutschen Boden aus mit Billigung und Duldung deutscher Behörden erfolgen. Die jeweils zuständigen deutschen Behörden haben das Recht und die Möglichkeit, Eingriffe ausländischer Mächte in die Grundrechte, insbesondere in das Telekommunikationsgeheimnis, die von deutschem Boden aus vorgenommen werden, zu verhindern oder zu unterbinden. Sie sind dazu auch verpflichtet. Eingriffe ausländischer Stellen, die von deutschem Boden aus vorgenommen werden und die mit Billigung und Duldung deutscher Stellen erfolgen, sind auch der deutschen öffentlichen Gewalt zuzurechnen. Es geht also nicht mehr um Vorgänge, die in ihrem wesentlichen Verlauf ausschließlich von einem fremden Staat nach seinem, von der Bundesrepublik Deutschland unabhängigen Willen gestaltet werden.

Ich habe bereits angedeutet, dass der sachliche Schutzbereich des Grundrechts, insbesondere also der des Artikels 10, Telekommunikationsgeheimnis, nicht auf den ersten Zugriff begrenzt ist, mit dem die öffentliche Gewalt von Telekommunikationsvorgängen oder Telekommunikationsinhalten Kenntnis nimmt. Auch die weiteren Vorgänge der Speicherung, Weiterleitung und Verarbeitung,

die sich an die Kenntnisnahme von geschützten Vorgängen oder Daten anschließen, ja, jeder Gebrauch, der von dieser Kenntnis gemacht wird, stellen, wie es heißt, je eigene Eingriffe in das Grundrecht des Artikels 10 dar.

Damit, meine Damen und Herren Abgeordnete, ist auch eine Verwendung oder ein Gebrauchmachen von Kommunikationsvorgängen durch deutsche Stellen, die zwar von ausländischen Behörden erstmals erhoben wurden, dann aber an deutsche Stellen weitergeleitet werden, ein der deutschen öffentlichen Gewalt zurechenbarer - selbstständiger - Eingriff in das Grundrecht des Artikels 10 und muss dessen Vorgaben und dessen Eingriffsschranken genügen. Dies muss auch, wie es so schön heißt, auf einer bereichsspezifischen und normenklaren Ermächtigung, also Verwendungsermächtigung, des deutschen Gesetzgebers basieren.

Entsprechen die ersten Zugriffe auf die durch die deutschen Grundrechte geschützten Fernmeldevorgänge und Telekommunikationsinhalte seitens der ausländischen Dienste, der ausländischen Stellen nicht den Anforderungen, die Artikel 10 an Einschränkungen des Telekommunikationsgeheimnisses stellt, so haftet - ich sage es mal etwas plakativ - dieser Makel auch den nachfolgenden Informations- und Datenverarbeitungsprozessen an. Erfolgen diese durch grundrechtsgebundene Träger deutscher öffentlicher Gewalt, so handeln diese Träger grundrechtswidrig.

Von Verfassungs wegen dürfen der Verwendungszweck, zu dem die Erhebung, nehmen wir mal an, zunächst rechtmäßigerweise erfolgt ist, und ein veränderter Verwendungszweck, der insbesondere mit einer Übermittlung der Daten an andere Behörden verfolgt wird, nicht miteinander unvereinbar sein. Auch dies ist ständige Rechtsprechung aus Karlsruhe.

Eine solche Unvereinbarkeit läge zum Beispiel vor, wenn grundrechtsgebundene Beschränkungen, etwa der Einsatz bestimmter Methoden, bestimmter Erhebungsmethoden, dadurch gewissermaßen umgangen würden, dass Daten, die rechtmäßigerweise zu bestimmten Verwendungszwecken erhoben worden sind, in gleicher Weise auch für Zwecke zugänglich gemacht würden, die einen derartigen Methodeneinsatz oder eine derartige Erhebung gar nicht rechtfertigen würden. Damit wird zwar nicht jegliche Übermittlung an Behör-



den ausgeschlossen, denen entsprechende Überwachungsmethoden nicht zustehen; jedoch setzen solche Übermittlungen bereichsspezifische und normenklare gesetzliche Ermächtigungen voraus. Sie bedürfen ferner einer besonders genauen Prüfung des Übermaßverbotes.

Für Übermittlungen von Daten, die durch Eingriffe deutscher Behörden in das Telekommunikationsgeheimnis erlangt worden sind, an ausländische Stellen - jetzt betrachte ich also mal die umgekehrte Richtung: deutsche Stellen haben Daten erhoben und geben sie weiter an ausländische öffentliche Stellen - ist deshalb eine bereichsspezifische normenklare gesetzliche Ermächtigung im deutschen Recht zu verlangen. Diese muss auch voraussetzen, dass die weitere Verwendung der so erlangten Daten durch die ausländischen Stellen, die ausländischen Behörden in einer adäquaten wesensgleichen rechtsstaatlichen Art und Weise erfolgt.

Fazit: Der Datenaustausch mit ausländischen Diensten, die ihre personenbezogenen Daten weitgehend unter Methoden und in einer Art und Weise erlangen, die jenen von mir kurz genannten Mindeststandards der deutschen und unionsrechtlichen Grundrechte eindeutig nicht genügen, ist insoweit von Verfassungsrechts wegen ausgeschlossen.

Lassen Sie mich, wenn Sie gestatten, noch ein paar Worte zu den Schutzpflichten sagen.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Es sind bald 20 Minuten. Aber ich gestatte das gerne.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Ich versuche, es ganz knapp zu halten.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Natürlich. Ich wollte nur indirekt darauf hinweisen. Natürlich gestatte ich das.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Das Thema ist leider sehr komplex und deshalb auch etwas zeitraubend. - Der Staat muss seine grundrechtlichen Schutzpflichten<sup>4</sup> - - Diese Ausführungen beziehen sich ja jetzt auf den Umstand, dass die ausländischen Behörden, die aus-

ländischen Dienste nicht unmittelbar an die deutschen Grundrechte als Freiheitsrechte gebunden sind. Sie sind nicht Adressat der Grundrechte. Adressat kann nur die deutsche öffentliche Gewalt sein, die also bei Einwirkungen ausländischer Mächte letztlich nur über die grundrechtlichen Schutzpflichten, ich sage mal, in die Pflicht genommen werden kann. Der Staat muss also seinen grundrechtlichen Schutzpflichten durch hinreichende Vorkehrungen genügen, wie es in der Rechtsprechung so schön heißt. Allerdings kann aus dem Verfassungsrecht regelmäßig keine „bestimmte Handlungsvorgabe“ abgeleitet werden. Wie die grundrechtlichen Schutzpflichten erfüllt werden sollen, haben prinzipiell die zuständigen staatlichen Organe, insbesondere natürlich der Gesetzgeber, grundsätzlich in eigener Verantwortung zu entscheiden. Aber immerhin hat das Bundesverfassungsgericht eine Verletzung von grundrechtlichen Schutzpflichten dann angenommen bzw. eine solche Feststellung für möglich<sup>5</sup> gehalten, - ich zitiere - „wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben“.

Der Gesetzgeber hat auch bei Anerkennung<sup>6</sup> natürlich einen großen Spielraum; ich sagte es schon. Er kann auch nicht zu etwas rechtlich oder tatsächlich Unmöglichem verpflichtet werden. Bei Grundrechtsverletzungen und Grundrechtsgefährdungen, die von ausländischen Mächten oder international agierenden ausländischen Unternehmen ausgehen, werden natürlich auch die territorialen Grenzen der deutschen öffentlichen Gewalt in Rechnung zu stellen sein. Immerhin könnten hier eine Verschärfung der strafrechtlichen Sanktionierungen von unbefugter Datenausspähung und unbefugtem Datenabfangen - das sind beides jetzt schon Straftatbestände; sie könnten aber verschärft werden - und auch vor allen Dingen für diese Delikte - wie übrigens in den Fällen der §§ 5 und 6 des Strafgesetzbuches - eine gesetzliche Umstellung vom sogenannten Tatortprinzip auf das Schutzprinzip in Betracht kommen. Das

4) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 1.  
5) Protokoll korrigiert, siehe Anlage 1.

6) Ergänzung des Sachverständigen: "von Schutzpflichten", siehe Anlage 1.





hätte zur Folge, dass das deutsche Strafrecht insoweit auch für Taten gelten würde, die im Ausland gegen Deutsche begangen werden, selbst wenn diese Taten am Tatort nicht mit Strafe bedroht sind. Das ist derzeit nicht der Fall. Diese Umstellung vom Tatort- auf das Schutzprinzip zu erwägen, würde ich dringend empfehlen.

Auf nationaler und unionsrechtlicher Ebene sind überdies verschärfte Vorschriften zur Datensicherung bei den Telekommunikationsdienstleistungen anbietenden Unternehmern zu erlassen, und zwar auch - auch das ist ein ganz wichtiger Punkt - für Unternehmen, die zwar ihren Sitz außerhalb Deutschlands bzw. der Europäischen Union haben, aber ihre Dienstleistungen in Deutschland bzw. in der Europäischen Union anbieten.

Nun ein letztes Wort - dann bin ich fertig, Herr Vorsitzender -: Die Schutzpflichten des Staates, die aus dem Telekommunikationsgeheimnis - Artikel 10 - und aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme - Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 - folgen, begründen in meinen Augen - da wird der anschließend das Wort ergreifende Redner mir zustimmen, nehme ich mal an; ich vertrete diese Auffassung auch ganz dezidiert - eine Staatsaufgabe bzw. eine staatliche Verpflichtung zur Gewährleistung einer nicht nur technisch funktionsfähigen, sondern auch einer grundrechtswahrenden informationstechnischen Infrastruktur, vergleichbar der Gewährleistungsverantwortung des Staates für beispielsweise eine flächendeckende, angemessene und ausreichende Telekommunikation nach Artikel 87 f Absatz 1 oder auch für ein angemessenes Schienennetz, um einmal diesen etwas banalen Aspekt zu erwähnen. Beides sind Gewährleistungsverantwortungen des Staates, die sogar im Grundgesetz stehen. Was für diese Bereiche recht ist, sollte für diesen<sup>7</sup> umfassenden und zentralen Persönlichkeitsschutz der Bürger dieses Landes billig sein. - Danke schön.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Haben Sie ganz herzlichen Dank für Ihren einführenden Vortrag.

Bevor ich Herrn Professor Hoffmann-Riem das Wort für sein einführendes Statement gebe, darf

ich ganz herzlich Frau Bundestagsvizepräsidentin Petra Pau begrüßen. Es ist eine besondere Ehre, dass Sie da sind. Das zeigt, glaube ich, auch, wie wichtig dem Deutschen Bundestag die Arbeit des Untersuchungsausschusses ist. Ich darf Sie ganz herzlich hier bei uns begrüßen.

Nun darf ich Herrn Professor Hoffmann-Riem das Wort für sein Eingangsstatement geben. Bitte schön.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Herr Vorsitzender! Meine Damen und Herren Abgeordnete! Zunächst mal herzlichen Dank, dass ich die Dinge vortragen darf, die mir zu diesem Thema wichtig sind. Ich werde nicht das schriftlich vorgelegte Gutachten reproduzieren. Aber ich werde inhaltlich vieles von dem reproduzieren, was Herr Papier eben gesagt hat. Wir liegen in der Grundkonzeption also nicht auseinander.

Ich möchte den Suchscheinwerfer auf einige spezifische Fragen richten und zunächst sagen: Ich finde das Internet eine tolle Sache, ebenso die globale Kommunikation. Ich nutze es, soweit ich es technisch beherrsche; aber<sup>8</sup> ich nutze es viel. Dieses Kommunikationssystem ist aber eben<sup>8</sup> nicht nur für Gutes da. Es kann auch als Hort des Bösen wirken. Jedenfalls können sich dort Gefahren für den Einzelnen, für Staat und Gesellschaft verwirklichen, vor denen der Staat, vor denen das Recht schützen muss. Hier interessiert vor allem der Freiheitsschutz. Dabei gehe ich davon aus, dass das deutsche Grundgesetz inhaltlich eine sehr gute Grundlage für Freiheitsschutz darstellt. Die Themen, die dort angesprochen worden sind, hat Herr Papier eben auch schon benannt.

Aber die Grundrechte der nationalen Verfassung sind in ihrer Grundkonzeption letztlich noch aus der Postkutschenzeit. Das heißt, sie sind territorial orientiert und haben die globale neue Realität konzeptionell noch nicht verarbeitet. Insofern denke ich, dass es Aufgabe nicht nur von Gerichten, sondern auch von politischen Akteuren ist, mitzuhelfen, diesen räumlichen Bezug zu überwinden und die globale internationale Dimension von Grundrechtsschutz einzubauen.

7) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 1.

8) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 2.



Ich möchte jetzt im Folgenden fünf Sachen zeigen<sup>9</sup>: Erstens. Freiheitsschutz muss heute global gedacht und praktiziert werden. Zweitens. Die deutschen und europäischen Grundrechte haben grundsätzlich das Potenzial dazu. Drittens. Das setzt aber ein konzeptionelles Umdenken bei der konkreten Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes voraus. Viertens. Freiheitsschutz ist eine Gewährleistungsaufgabe des Staates, des Nationalstaates, der EU, aber auch der gesamten Völkergemeinschaft. Diese Aufgabe ist nicht nur in Grundrechtsnormen, sondern auch in weiteren Normen angelegt. Fünftens. Das Hauptproblem liegt nicht im Recht selbst, sondern in der fehlenden Bereitschaft, sein Potenzial voll zu nutzen.

Lassen Sie mich zunächst einige grundrechtsdogmatische Grundannahmen für Freiheitsschutz thematisieren. Wir unterscheiden zwischen dem Schutzbereich von Grundrechten und der Frage: Wie kann aus diesem Schutzbereich etwas folgen durch Abwehr von Eingriffen oder durch Schutzpflichten?<sup>10</sup> Dabei sind - insofern stimme ich Herrn Papier voll zu - die hier betroffenen deutschen Kommunikationsgrundrechte nicht auf den Schutz Deutscher begrenzt, und der Schutzbereich ist territorial nicht auf Deutschland begrenzt. Dieser Schutz verwirklicht sich zum einen abwehrrechtlich durch Abwehr von Eingriffen des deutschen Staates - auch das hat Herr Papier ausgeführt -, aber auch objektiv-rechtlich durch den Auftrag, für die realen Voraussetzungen von Freiheitsschutz für die Bürger zu sorgen. Es geht also auch um Grundrechtsvoraussetzungsschutz, verwirklicht über solche Schutzaufträge.

Solche Schutzaufträge finden sich nun nicht nur in Grundrechten, und zwar in all den Grundrechten, die hier betroffen sind, sondern ergänzend auch in den Staatszielbestimmungen - Demokratie, Sozialstaat und Rechtsstaat -, aber vor allem auch in Sondernormen, und zwar in der deutschen Verfassung einmal in der Sondernorm zur Gewährleistung einer funktionsfähigen - das heißt auch: sicheren - Telekommunikationsinfrastruktur, die ich in Artikel 87 f Grundgesetz sehe. Das war<sup>10</sup> zwar bei der Schaffung dieser Norm nicht im

Vordergrund. Da dachte man an die kostengünstige Versorgung der ländlichen Gebiete mit Telekommunikation. Aber es ist die Rede von einer angemessenen Kommunikationsversorgung, und das muss natürlich auf die gegenwärtigen technologischen Bedingungen hin ausgelegt werden. Ebenso sehe ich hier - wenn auch nur für ein Teilfeld - Artikel 91 c Grundgesetz, der sichere Kommunikationsnetze für den behördlichen Verkehr vorsieht, aber nicht nur innerhalb der Behörden und zwischen den Behörden, sondern im Bereich des E-Government natürlich auch im Hinblick auf Bürger. Das heißt, dass wir auch noch zusätzliche Normen haben, die Gewährleistungsaufträge enthalten.

Von der Anerkennung solcher Schutzaufträge und von der Reichweite der Schutzbereiche ist die Realisierung dieses Schutzes zu trennen. Das geht zum einen durch den Schutz vor Eingriffen, allerdings insoweit nur<sup>10</sup> durch deutsche Staatsorgane, zweitens durch den Schutz durch<sup>10</sup> Erfüllung objektiv-rechtlicher Schutzaufträge in der Rechtsordnung insgesamt, aber auch durch Systemchutz, auf den ich am Ende noch eingehen werde.

Private Dritte und Träger auswärtiger Staatsgewalt wie die NSA sind nicht unmittelbar an die deutschen Grundrechte gebunden. Das heißt aber nicht, dass die Grundrechte für sie irrelevant sind; denn die nationalen Gesetze übertragen den Inhalt der Grundrechte in das nationale Recht. In die einfache Rechtsordnung sind die Grundrechte gewissermaßen<sup>11</sup> transformiert worden - das ist in Deutschland geschehen; ich habe es in meinem Gutachten aufgezählt -, und zwar die Schutznormen zugunsten der Privatsphäre, Datenschutz, auch Schutz vor Wirtschaftsspionage und natürlich auch Staatsschutznormen. Insofern<sup>12</sup> gibt es keinen wirklich qualitativen<sup>13</sup> Schutz, was die inhaltliche Reichweite anbetrifft. Die rechtsdogmatische Anknüpfung ist aber<sup>10</sup> eben eine andere.

Wenn ausländische Staatsorgane in Deutschland deutsche Gesetze verletzen, verletzen sie diese Gesetze mit der Folge, dass<sup>14</sup> es Aufgabe der deutschen Staatsgewalt ist, dies zu unterbinden. Und soweit es beispielsweise Strafrechtsnormen

9) Richtigstellung des Sachverständigen: "Thesen formulieren", siehe Anlage 2.

10) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 2.

11) Protokoll korrigiert, siehe Anlage 2.

12) Richtigstellung des Sachverständigen: "Bei Letzterem", siehe Anlage 2.

13) Ergänzung des Sachverständigen: "qualitativ gleichen", siehe Anlage 2.

14) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 2.



gibt, so ist das - - Aber es sind nicht nur die Strafnormen, sondern<sup>14</sup> auch Teile der öffentlichen Sicherheit. Alle Behörden, die sich um die Einhaltung der öffentlichen Sicherheit zu kümmern haben - das beginnt bei den Polizeibehörden und anderen Ordnungsbehörden -, sind dafür zuständig, dies<sup>15</sup> zu unterbinden. Es ist keine reine Frage der Strafverfolgung. Aber es geht natürlich auch um Strafverfolgung, für die grundsätzlich das Legalitätsprinzip gilt. Allerdings gibt es nach § 153 c<sup>16</sup> StPO Ausnahmen zum Absehen von Strafverfolgung im öffentlichen Interesse. Aber das sind keine Pflichten, abzusehen; das sind Ermessensentscheidungen, und diese Ermessensentscheidungen können<sup>14</sup> sich auf null reduzieren, wenn es um einen gewichtigen Freiheitsschutz geht.

Es ist ferner allgemein anerkannt, dass Spionage nationalrechtlich verboten ist, selbst wenn es kein grundsätzliches völkerrechtliches Verbot gibt; aber es gibt auch keinen Immunitätsschutz für Spionage. Wenn also<sup>14</sup> Eingriffe durch ausländische Institutionen erfolgen, dann können private Betroffene sich grundsätzlich vor den Zivil- oder Verwaltungsgerichten wehren. Allerdings ist dieser Rechtsschutz praktisch kaum nutzbar. Bei geheimen Eingriffen gibt es praktisch keine Realisierbarkeit von Grundrechtsschutz über die Gerichte. Sie<sup>17</sup> können sich an die Datenschutzbeauftragten wenden. Aber auch das ist natürlich nur begrenzt hilfreich. - Ich komme noch mal darauf zurück<sup>14</sup>.

Zunächst möchte ich aber<sup>14</sup> noch sagen, dass der Grundrechtsschutz, wie ich schon andeutete, auch extraterritoriale Reichweite hat. Deutsche Organe - Herr Papier hat es ausgeführt - wie etwa der Bundesnachrichtendienst sind auch beim Handeln im Ausland an Artikel 10 Grundgesetz gebunden und damit an all die rechtsstaatlichen Anforderungen, die Eingriffe in Artikel 10 fordern.

Ausländische Staatsorgane sind, soweit sie im Ausland handeln, nicht an deutsches Recht, also an deutsche Grundrechte, gebunden, sondern nur an das eigene nationale Recht. Und wir wissen, dass beispielsweise das amerikanische Recht hier

sehr großzügig ist und auch Ausländern keine Klage gegen die NSA in den USA erlaubt.

Europäische Staatsorgane wie etwa der britische Geheimdienst sind zwar nicht an die deutschen Grundrechte, aber an die Grundrechte aus dem europäischen Recht gebunden, also die in den Verträgen zur Union enthaltenen Grundrechte und damit auch die Europäische Menschenrechtskonvention und die Grundrechtecharta. Hier gibt es Rechtsschutzmöglichkeiten über den EuGH und den EGMR: einerseits im Rahmen von Individualrechtsbeschwerden<sup>14</sup> und weiter, wenn auch nach der bisherigen Praxis eher theoretisch, die Staatenbeschwerde. Aber das Instrument ist da. Es wird nur aus Rücksichtnahme praktisch nicht genutzt. Es gibt sogar Möglichkeiten eines Vertragsverletzungsverfahrens nach den EU-Verträgen.

Ausländische Staatsorgane unterliegen darüber hinaus gewissen völkerrechtlichen Bindungen, etwa in den Menschenrechtspakten, und sie unterliegen der Kontrolle durch den Menschenrechtsausschuss. Allerdings wissen wir: Das sind keine sehr wirksamen Instrumente; das sind eher Dinge, die in der politischen Ebene verbleiben.

Darüber hinaus gibt es aber im Völkerrecht ein traditionelles Instrument, nämlich das des diplomatischen und konsularischen Schutzes, das auf den ersten Blick hier natürlich gar nicht passt. Aber wenn man berücksichtigt, dass Kommunikation, jedenfalls digitale Kommunikation, heute international transportiert wird und damit dem Risiko des Eingriffs außerhalb des deutschen Staatsgebiets unterliegt, dann ist der Schutz der Inhalte der Kommunikation, der ja den deutschen Staatsorganen gegenüber den Deutschen aufgegeben ist, auch, soweit möglich, im Rahmen des ausländischen Feldes zu verwirklichen, sodass daran zu denken ist<sup>14</sup>, diesen diplomatisch-konsularischen Schutz fortzuentwickeln, was in der Vergangenheit auch in anderen Kontexten geschehen ist. Allerdings ist das ein völkerrechtliches Problem, das wir hier nicht zu bewältigen haben. Aber man kann ja auch die Regierung dazu drängen, sich hierum zu bemühen.

Angesichts praktischer Durchsetzungsschwierigkeiten von Grundrechtsschutz insbesondere

15) Richtigstellung des Sachverständigen: "Verletzungen", siehe Anlage 2.

16) Ergänzung des Sachverständigen: "und d", siehe Anlage 2.

17) Richtigstellung des Sachverständigen: "Die Betroffenen", siehe Anlage 2.



durch einzelne Bürger gewinnt der Systemschutz in diesem Feld eine herausragende Bedeutung. Die Grundlage für Systemschutz ist schon zum Teil in den Datenschutzgesetzen angelegt worden. Und sie ist durch das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität der eigenen informationstechnischen Systeme vom Bundesverfassungsgericht noch einmal hervorgehoben worden - in der damaligen Entscheidung nur subjektiv-rechtlich orientiert, weil es sich um eine Verfassungsbeschwerde eines einzelnen Bürgers handelte. Aber da dieses Grundrecht auf Normen wie Artikel 2 Absatz 1 und Artikel 1 Absatz 1 Grundgesetz aufbaut, die selbst objektiv-rechtliche Gehalte haben, hat natürlich auch dieses Grundrecht eine objektiv-rechtliche Dimension.

Das heißt also, dass es eine Pflicht der Staatsorgane zur Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität von informationstechnischen Systemen gibt. Allerdings haben die staatlichen Entscheidungsträger wie immer in solchen Fällen gewisse Gestaltungsspielräume. Aber sie<sup>14</sup> können auch eingeeengt sein. Diese Gestaltungsspielräume werden insbesondere eingeeengt, soweit sich aus den anderen Grundrechtsnormen, die ich erwähnte, Schutzaufträge besonderer Art ergeben. Sie können auch eingeeengt sein durch die Vorgaben im Unionsrecht, zum Beispiel auch unter Berufung auf Artikel 170 des AEUV, der sich mit dem Aufbau transnationaler Netze beschäftigt. Und sie können eingeeengt sein durch die Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention, Artikel 8, oder der Grundrechtecharta, Artikel 8 und 11, soweit sie in diesem Zusammenhang anwendbar ist.

In jedem Fall setzt wirksamer Schutz in der globalen Kommunikation mehr voraus als nur nationales Handeln. Es bedarf globaler Vereinbarungen. Wir wissen, das ist schwer zu erreichen, eventuell unrealistisch. Deswegen ist es klug, wenn sich die deutschen oder europäischen Institutionen auch<sup>18</sup> auf den Möglichkeitsraum beziehen, in dem sie handeln können. Im EU-Raum gibt es allerdings Widerstände, etwa seitens der britischen Regierung, sich hier einem wirksamen Schutz zu unterwerfen.

Soweit es nicht möglich ist, im europäischen Bereich Schutz umzusetzen, muss die deutsche Staatsgewalt versuchen, das jedenfalls im nationalen Raum zu tun. Dazu gehört es aber auch, darauf hinzuwirken, dass im europäischen Bereich nationale Interessen verfolgt werden können. Dazu gehört, meine ich, dass die sehr löchrige Safe-Harbor-Abrede korrigiert wird und dass das SWIFT-Abkommen überprüft wird. Ich kann mir nicht vorstellen, dass ein Staat an einem Freihandelsabkommen über eine Freihandelszone mitwirken sollte, ohne dass es Schutzvorkehrungen vor Auspähung gibt. Jedenfalls denke ich, dass diplomatische Leisepfoten hier allein nicht ausreichen, sondern dass auch deutlich gemacht werden muss, dass es Schutzinteressen rechtlicher und politischer Art gibt und dass es legitim ist, dass Regierung und Parlament darauf<sup>19</sup> hinwirken.

Zum Schluss komme ich noch einmal auf den Systemschutz als wichtige Ergänzung des Schutzes der Individualinteressen zu sprechen. Dies bedeutet, sich um Vorkehrungen zur Ermöglichung privaten Selbstschutzes zu bemühen, etwa durch wirkungsvolle und auch leicht zugängliche Verschlüsselungssysteme. Es bedeutet<sup>20</sup> den Ausbau der IT-Sicherheitskonzepte von dieser Denkhaltung her, die ich beschrieben habe, also im Hinblick auf IT-Strukturen, Dateien und Register, aber auch für<sup>21</sup> Verfahrenschutz. Es bedeutet, dass es, wenn andernfalls eine sichere Kommunikation nicht ermöglicht werden kann, Vorkehrungen für innerdeutschen Telekommunikationsverkehr gibt, der etwa nur noch über in Deutschland gelegene Server geht. Es geht<sup>22</sup> darum - soweit das Cloud Computing zunimmt -, dass eigene Datenspeicherkapazitäten geschaffen werden, etwa eine EU-Cloud oder eine Schengen-Cloud oder notfalls eine auf Deutschland begrenzte Möglichkeit der Speicherung.

Aber es geht auch um ein grundsätzliches Überdenken der Netzphilosophie des Internet. Das Internet ist ja zunächst bewusst dezentral, global, praktisch unverletzbar organisiert worden. Nun zeigen sich neue Verletzungspotenziale. Das

18) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 2.

19) Richtigstellung des Sachverständigen: "auf deren Beachtung", siehe Anlage 2.

20) Ergänzung des Sachverständigen: "ferner", siehe Anlage 2.

21) Richtigstellung des Sachverständigen: "auf", siehe Anlage 2.

22) Ergänzung des Sachverständigen: "auch", siehe Anlage 2.



heißt, aufgrund der neuen technologischen Entwicklungen, der<sup>23</sup> neuen Geschäftsmodelle im Internet, muss man darauf achten, dass der Schutz nicht unterlaufen wird. Und wenn Risiken bestehen, auch<sup>24</sup> durch staatlich-private Gefährdungspartnerschaften - - So möchte ich das mal nennen, wenn Google und Facebook mit staatlichen Instanzen zusammenarbeiten. Es muss versucht werden, dagegen einen Wall aufgebaut zu bekommen.

Das heißt, es muss auch darüber nachgedacht werden, ob beim Netz eine Teildezentralisierung und ein Rückbau der globalen Vernetzung für solche Kommunikationsvorgänge, die besonderen Sicherheitsanforderungen unterliegen, geschieht. Das heißt nicht, dass die globalen Netze im Übrigen beseitigt werden müssten oder dergleichen. Es muss aber eine Wahlfreiheit für die Nutzer geben, und zwar Wahlfreiheit als Teil von Kommunikationsfreiheit; denn Freiheit in der Kommunikation ist ein zu wichtiges Gut, als dass ihr Schutz allein dem Verhalten kommerzieller Unternehmen und ihren Geschäftspolitiken anvertraut werden kann. Dies ist auch eine staatliche Aufgabe. - Vielen Dank.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank, Herr Professor Hoffmann-Riem. - Ich darf nun dem dritten Sachverständigen, Herrn Professor Bäcker, das Wort zu seinem Eingangstatement geben. Bitte schön.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Herr Vorsitzender! Meine Damen und Herren! Ich bedanke mich auch herzlich für die Gelegenheit, vor Ihnen vorzutragen. Ich habe mich jetzt gefragt, ob ich mit meinem Statement gegen das eingangs ausgesprochene Vollständigkeitsgebot verstoße. Ich bitte also, von Strafverfolgungsmaßnahmen oder Zwangsmitteln Abstand zu nehmen. Ich habe einen Grund dafür. Ich kann mich in allgemeiner Hinsicht ohnehin sehr weitgehend meinen Vordnern anschließen, sodass es redundant wäre, wenn ich jetzt dasselbe noch mal sagen würde.

Ich möchte mich mit einem Unterthema des Gesamtthemas heute etwas spezifischer und detaillierter befassen, nämlich mit den Befugnissen

deutscher Nachrichtendienste, Telekommunikationsdaten zu erheben, zu speichern und ins Ausland zu übermitteln. Das ist ein Thema, das<sup>25</sup> vom Untersuchungsauftrag des Untersuchungsausschusses vor allem<sup>25</sup> erfasst wird, einmal deswegen, weil hier ja auch die Kooperation deutscher Dienste mit ausländischen Stellen mit untersucht werden soll. Für die<sup>26</sup> kommt es natürlich darauf an, in welchem Umfang deutsche Dienste selber berechtigt sind, Telekommunikationsdaten zu erheben, zu bevorraten und zu übermitteln. Außerdem will der Untersuchungsausschuss ja auch Reformbedarfe aufzeigen, um die Vertraulichkeit der Kommunikation in Zukunft weiterhin effektiv zu schützen. Auch dafür kommt es natürlich<sup>25</sup> maßgeblich auf das deutsche Recht an, an dem der Bundestag am ehesten etwas ändern kann. Und schließlich - erlauben Sie mir diese persönliche Bemerkung - hängt die Glaubwürdigkeit von Forderungen an das Ausland, sein Sicherheitsrecht zu reformieren und umzustellen, aus meiner Sicht ganz wesentlich auch vom Zustand des eigenen nationalen Sicherheitsrechts ab.

Mit dieser Vorrede steige ich in das Thema ein. Man muss hier differenzieren zwischen drei unterschiedlichen Formen von Telekommunikationsdatenerhebungen, die das geltende Recht in seiner Auslegung durch die Praxis kennt und die unterschiedlich gewichtige Probleme aufwerfen. Ich gehe vor von „harmlos“ über „mittel“ bis hin zu „nicht mehr ganz so harmlos“.

Ich fange also mit Harmlosesten an, der sogenannten Erhebung von Telekommunikationsdaten im Einzelfall, zu der alle Nachrichtendienste nach dem G-10-Gesetz und ihrem jeweiligen Fachrecht befugt sind. Die Unterscheidung beruht darauf, dass es einen Unterschied macht, ob Inhalte überwacht werden oder ob Verkehrsdaten der Telekommunikation erhoben werden.

Die einzelfallbasierte Erhebung dient dazu, über bestimmte Personen, von denen verfassungsfeindliche Umtriebe erwartet werden, etwas herauszufinden, sodass es hier erst mal nicht darum geht, dass Telekommunikationsdaten anlasslos, großflächig, die ganze Gesellschaft abdeckend erhoben werden könnten. Gleichwohl muss man sa-

23) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 2.

24) Ergänzung des Sachverständigen: "vermittelt", siehe Anlage 2.

25) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 3.

26) Richtigstellung des Sachverständigen: "diese Kooperation", siehe Anlage 3.



gen, dass selbst diese vergleichsweise unproblematischen Regelungen schon recht weit gefasst sind. Das gilt insbesondere für die Vorschriften des G-10-Gesetzes. § 3 G-10-Gesetz, der hier die einschlägige Ermächtigung enthält, ermöglicht es, Telekommunikationsinhalte zu überwachen, wenn der Verdacht besteht, dass eine Straftat aus einem Straftatenkatalog geplant wird, begangen wird oder begangen worden ist.

Problematisch hieran ist vor allem das Planungsstadium, weil hier die Hinweise auf ein mögliches strafrechtliches Verhalten in der Zukunft recht vage sein können, sodass auch in recht diffusen Bedrohungslagen schon eine Überwachung möglich ist. Das wiegt deshalb umso schwerer, weil der Straftatenkatalog des § 3 G-10-Gesetz auch Straftatbestände aufzählt, die ihrerseits bereits Planungshandlungen unter Strafe stellen. Das heißt: Eine Überwachung kann an die Planung einer Planung anknüpfen.

Um das an einem Beispiel zu illustrieren: Der § 3 G-10-Gesetz verweist unter anderem auf die Strafvorschrift in § 89 a Strafgesetzbuch, die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat. § 89 a Strafgesetzbuch stellt eine ganze Reihe von Vorbereitungshandlungen zu einem terroristischen Anschlag unter Strafe - auch welche, die äußerlich recht unklar sind: so was wie, jemand beschafft sich Inhaltsstoffe<sup>25</sup>, die man für eine Bombe gebrauchen kann, vielleicht auch für andere Zwecke, beispielsweise Heizöl. Die Beschaffung von Heizöl kann also eine Straftat darstellen, wenn das in der festen Absicht geschieht, dieses Heizöl später für eine Bombe zu nutzen. § 3 G-10-Gesetz ermöglicht jetzt eine Telekommunikationsüberwachung bereits, wenn der Verdacht besteht, dass jemand plant, sich Heizöl zu beschaffen, um daraus eine Bombe herzustellen. - Ich glaube, es ist ersichtlich, dass das eine recht komplex zu beurteilende Sachlage sein kann. Gleichwohl ist das, wie gesagt, auf Einzelfälle beschränkt. Hier droht keine Totalüberwachung der Gesellschaft. Aber es ist eine weit gefasste Norm, deren Verfassungsmäßigkeit auch bisher nicht judiziert ist.

Ich komme zum mittleren Niveau, der berühmten strategischen Überwachung durch den Bundesnachrichtendienst nach § 5 des G-10-Gesetzes.

Bei der strategischen Überwachung geht es darum, dass der Bundesnachrichtendienst bestimmte Übertragungswege der internationalen Kommunikation mithilfe von Suchbegriffen anlasslos rastert, um dann die Treffer, die diese Suchbegriffe erzeugt haben, nachzubearbeiten und auf diese Weise Hinweise auf außenpolitisch relevante Gefahrenbereiche zu erhalten, wobei diese Gefahrenbereiche so was umfassen wie<sup>27</sup> drohende Kriegsgefahr, aber auch terroristische Anschläge und gewisse Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität wie Proliferation, Betäubungsmittelstrafrecht, Schleusungsdelikte.

Die Vorgängerregelung zu § 5 des G-10-Gesetzes ist vom Bundesverfassungsgericht im Jahr 1999 im Wesentlichen abgesegnet worden. Man muss allerdings vorsichtig damit sein, die damalige Entscheidung ohne Weiteres auf das heutige G-10-Gesetz zu projizieren, und zwar erstens, weil sich die Rechtslage seitdem geändert hat, und zweitens, weil sich die tatsächlichen Umstände geändert haben. Das Bundesverfassungsgericht hat zur Rechtfertigung dieser anlasslosen strategischen Rasterfahndung auf die Relevanz oder<sup>28</sup> das Gewicht der Gefahrenbereiche und auf die Aufgabe des Bundesnachrichtendienstes, eben gerade eine Vorfeldaufklärung vor akuten Krisenlagen zu betreiben, verwiesen.

Das Bundesverfassungsgericht hat aber auch darauf verwiesen, dass die Befugnis zur anlasslosen Rasterfahndung in ihrem Ausmaß beschränkt war. Eine wesentliche Beschränkung der damaligen Ermächtigung bestand darin, dass nur die nicht leitungsgebundene Kommunikation abgehört werden durfte, also im Wesentlichen die Telekommunikation über Satellit. Das ist seit 2001 anders. Heute darf jede Form von internationaler Telekommunikation überwacht werden, sodass erst mal der Gegenstandsbereich erheblich breiter ist als seinerzeit. Das G-10-Gesetz versucht dem mit verschiedenen begrenzenden Regelungen zu begegnen, wobei man sich aber bei allen fragen kann, wie effektiv sie tatsächlich sind, ob sie wirklich Begrenzungen enthalten.

Um dafür nur zwei Beispiele zu nennen: Das G-10-Gesetz sagt, dass die Telekommunikationsüberwachung sich maximal auf 20 Prozent der

27) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 3.

28) Richtigstellung des Sachverständigen: streiche "die Relevanz oder", siehe Anlage 3.



Übertragungskapazität des jeweiligen Übertragungswegs beziehen darf. Sie haben also ein Kabel, das Kabel hat eine bestimmte Übertragungskapazität, und Sie dürfen maximal 20 Prozent dieser Kapazität abgreifen - nicht etwa des tatsächlichen Datenverkehrs. Hier liegt das Problem. Gerade bei der Internetkommunikation werden solche Kabel nämlich so ausgelegt, dass die Übertragungskapazität möglichst nicht erreicht werden soll, weil nämlich sonst Überlastungen und Datenverluste drohen würden. Ich habe mal versucht, ein bisschen rauszukriegen, ob denn diese 20 Prozent in der Praxis erreicht werden. Das scheint unterschiedlich zu sein. Aber zum Beispiel beim größten deutschen und auch weltweiten Internetknoten, dem DE-CIX in Frankfurt, liegt die regelmäßige durchschnittliche Auslastung unter 20 Prozent, sodass man davon ausgehen kann, dass der Bundesnachrichtendienst den DE-CIX komplett überwachen dürfte.

Eine andere Beschränkung, die auch durch die technische Entwicklung teilweise überholt ist, ist die Beschränkung des G-10-Gesetzes auf bestimmte Suchbegriffe. Der Bundesnachrichtendienst darf nach dem G-10-Gesetz keine Suchbegriffe verwenden, die auf bestimmte Telekommunikationsanschlüsse hindeuten. Der Gedanke dahinter ist, dass die strategische Überwachung eben dazu dienen soll, allgemein Erkenntnisse über sicherheitspolitisch relevante Gefahrenlagen zu erlangen. Die strategische Beschränkung soll aber nicht dazu dienen, jetzt<sup>29</sup> sozusagen über die Hintertür konkret personenbezogene Überwachung zu betreiben.

Das Problem ist, dass Telekommunikation heute vielfach gar nicht mehr über Telekommunikationsanschlüsse adressiert wird. Die Vorstellung, die dahintersteht, ist: Sie rufen einen an; der hat eine Rufnummer; die Rufnummer ist einem bestimmten Anschluss zugewiesen. Das funktioniert beim Mobilfunk vielleicht auch noch. Aber bei vielen Kommunikationsdiensten des Internet funktioniert das nicht mehr. Eine E-Mail-Adresse gehört nicht zu einem Telekommunikationsanschluss, sondern Sie können Ihre E-Mails von jedem Telekommunikationsanschluss auf der ganzen Welt abrufen, sodass diese Vorschrift, wenn man sie streng auslegt, hinsichtlich großer Teile

der Netzkommunikation leerläuft. Man findet noch weitere Punkte. Insgesamt würde ich sagen, dass die Begrenzungswirkung der rechtlichen Vorkehrungen hinsichtlich der strategischen Überwachung heute fragwürdig ist und dass ich persönlich Zweifel habe, ob die Vorschrift in ihrer heutigen Form immer noch den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt.

Ich hatte Ihnen versprochen, dass das Schlimmste zuletzt kommt. Das Schlimmste ist die sogenannte Auslandsaufklärung durch den Bundesnachrichtendienst. Verschiedenen Stellungnahmen der Bundesregierung auch aus jüngster Zeit lässt sich entnehmen, dass nach Auffassung der Bundesregierung und damit wohl auch nach Auffassung des Bundesnachrichtendienstes dieses<sup>30</sup> G-10-Gesetz nur gilt für Telekommunikationsverkehre, bei denen zumindest ein Beteiligter sich in der Bundesrepublik befindet. Also insbesondere die strategische Überwachung soll alleine eine Kommunikation zwischen Deutschland und dem Ausland erfassen. Wie man rausfindet<sup>30</sup>, ob gerade zwischen Deutschland und dem Ausland kommuniziert wird - im Internet -, lassen wir mal außen vor. Ich glaube nicht, dass das geht. Aber das lassen wir, wie gesagt, mal außen vor.

Jedenfalls bedeutet das nach Auffassung der Bundesregierung, dass die reine Auslandskommunikation - ein Afghane kommuniziert in Afghanistan mit einem Afghanen; beide nutzen afghanische Telekommunikationsanschlüsse - nicht dem G-10-Gesetz unterfallen soll. Das soll auch nicht unzulässig sein, sondern das soll zulässig sein alleine auf<sup>30</sup> Grundlage der Aufgabenzuweisung des BND-Gesetzes, das sagt<sup>30</sup>: Der Bundesnachrichtendienst hat die Aufgabe, Erkenntnisse über das Ausland zu gewinnen, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik sind. Und das ist alles. Das ist die einzige rechtliche Schranke. „Außen- und sicherheitspolitische Bedeutung“ ist natürlich ein weites Feld. Das bedeutet, dass das Recht dieser Auslandsaufklärung eigentlich keinerlei Grenzen setzt. In welchem Ausmaß der Bundesnachrichtendienst Telekommunikationsdaten im Ausland erhebt, beverratet und auch weiterübermittelt, ist wesentlich nicht vom Recht angeleitet<sup>31</sup>, sondern hängt ab von ethischen Erwägungen der Mitarbeiter des

29) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 3.

30) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 3.

31) Protokoll korrigiert, siehe Anlage 3.



Bundesnachrichtendienstes und im Übrigen von den personellen und technischen Ressourcen.

Dieser Rechtsauffassung der Bundesregierung liegt implizit die Auffassung zugrunde - nur so lässt sie sich erklären -, dass das grundrechtliche Fernmeldegeheimnis des Artikels 10 Grundgesetz diese Auslandskommunikation nicht schützt; denn wenn diese Auslandskommunikation durch das Fernmeldegeheimnis geschützt wird, dann gibt es Anforderungen an Grundrechtseingriffe. Man braucht eine formellgesetzliche Ermächtigung, die den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt, die bestimmt genug ist, die das Zitiergebot des Artikels 19 Grundgesetz wahrt. Dass diese Aufgabenzuweisung das alles nicht leistet, liegt auf der Hand.

Zu der Frage, ob Artikel 10 greift oder nicht, haben meine Vorredner das Nötige gesagt: Er greift - richtigerweise. Es gibt keinen überzeugenden Grund für die Annahme, dass eine Telekommunikationsüberwachung im Ausland nicht unter Artikel 10 fallen soll - was dazu führt, dass diese Auslandsüberwachung durch den Bundesnachrichtendienst nach gegenwärtigem Recht unzulässig ist und die entgegenstehende behördliche Praxis rechtswidrig ist.

Man muss vielleicht auch<sup>30</sup> sagen - erlauben Sie mir zum Abschluss noch eine persönliche Anmerkung; ich hatte ja zu Beginn meine persönliche Anmerkung zum Thema Glaubwürdigkeit geäußert -: Wenn der Bundesnachrichtendienst aus rechtlicher Sicht eigentlich alles darf, was man den ausländischen Nachrichtendiensten vorwirft, und der einzige Grund, warum er das möglicherweise nicht tut, tatsächliche Beschränkungen oder das Gewissen der Mitarbeiter sind, dann ist das in einem Rechtsstaat kein besonders erfreulicher Zustand. Der verstorbene Informatiker Andreas Pfitzmann hat gesagt: Nachrichtendienste kontrolliert man über ihre Budgetierung. - Als Verfassungsrechtler will ich das nicht wahrhaben. - Vielen Dank.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank, Herr Professor Bäcker, auch für Ihr einführendes Statements. Ich darf mich bei allen Sachverständigen an dieser Stelle für die einführenden Statements bedanken.

Wir kommen jetzt zu den Fragen. Ich würde als Vorsitzender gerne mit einzelnen Fragen an Sie

beginnen. Danach und nach den Antworten kommen wir dann zu den Fragerunden der einzelnen Fraktionen und der einzelnen Mitglieder des Untersuchungsausschusses.

Ich würde gerne zu Anfang alle drei Sachverständigen bitten, den Themenkomplex des Schutzbereiches noch einmal näher zu beleuchten. Sie haben alle in unterschiedlicher Graduierung den Schutzbereich berührt und erklärt. Sie haben auch in Ihren Gutachten hergeleitet, dass das Grundgesetz nicht nur die Inhalte und Umstände einer konkreten Telekommunikation schützt, also die Vertraulichkeit des Inhalts von Mitteilungen, sondern auch die näheren Umstände der Kommunikationsvorgänge - Herr Papier, Sie haben das zum Beispiel ausgeführt; in Ihrem Gutachten habe ich es gefunden - und dass die informationstechnischen Systeme auch vor Manipulation geschützt werden; Herr Hoffmann-Riem, Sie haben das in Ihrem Gutachten angeführt. Mich würde nun interessieren, wenn das sogenannte IT-Grundrecht, wenn ich es so nennen darf, in den Blick genommen wird: Vor was ist man genau geschützt? Vor Manipulation durch Spähsoftware? Ist das betroffen? - Ich gehe jetzt sehr konkret in einzelne Fragen. Es kommen auch noch mehr. Vielleicht machen Sie sich Notizen. - Vor dem Abgreifen der Internetleitungen? Ist das der grundrechtliche Schutz? Wir haben gerade von Professor Bäcker gehört, dass Knotenpunkte möglicherweise hier in voller Auslastung abgegriffen werden können. Ist also das Abgreifen von Internetleitungen vom Schutzbereich erfasst? Wäre hier der Schutzbereich betroffen, wenn lediglich Internetknotenpunkte manipuliert werden, also kein volles Absaugen stattfindet, sondern Webseiten und Daten umgelenkt werden, täuschend echte Webseiten beispielsweise verlinkt werden und Nutzer dann von dieser täuschend echten Webseite Schadsoftware auf ihre Endgeräte laden, die dann wieder zum Datenabgreifen führen können? Wäre das Grundrecht betroffen, wenn von Servern von Internetdienstleistern meine E-Mail-Adresse, das Passwort und alles, was dazugehört, gestohlen, also abgegriffen wird, also zwar kein Eingriff auf das Endgerät vorgenommen wird, von dem ich mich gerade in meinen E-Mail-Account einlogge, sondern möglicherweise auf dem Server des Internetdiensteanbieters diese Daten abgegriffen werden? Welche Rechtsverletzungen sehen Sie da? Und wie würden Sie dies mit Blick auf den





Schutzbereich konkret bewerten? - Das als erster Fragenbereich zum Schutzbereich.

Der zweite Fragenbereich geht in den Bereich der Souveränität. Herr Professor Hoffmann-Riem, die Frage richtet sich etwas mehr an Sie. Sie haben dazu ausgeführt, wenn ich es richtig verstanden habe: Wenn ausländische Nachrichtendienste in Deutschland oder vom Ausland gegenüber deutschen Staatsbürgern nachrichtendienstliche Aufklärung betreiben, ist dies eine Verletzung der deutschen Souveränität - so verstehe ich das; und so, glaube ich, wird es jeder sehen -, es sei denn, dies ist von deutscher Seite genehmigt worden, es gibt also entsprechende rechtliche Voraussetzungen, zum Beispiel durch Abkommen. Das haben Sie auch so ausgeführt. Dann handelt es sich also um Spionagetätigkeit, die nach nationalem Recht verboten ist, sogar strafbar ist. Auch das haben Sie ausgeführt. Auf Hoheitsrechte ihres Landes - so habe ich Sie verstanden - können sich die Dienste dann nicht berufen. Man kann also nicht sagen: Wir haben eine gesetzliche Grundlage in den USA oder in Großbritannien. - Sehe ich das richtig? Also: Gibt es keine Möglichkeit, dass sich ausländische Dienste auf ihre nationalen rechtlichen Vorgaben berufen? Oder könnte man durch Interpretationen dieser rechtlichen Vorgaben - Annexkompetenz, Sachzusammenhang oder was man sich alles noch überlegen könnte, um aus einer nationalen Norm möglicherweise eine Kompetenz herzuleiten -, gestützt auf ausländisches Recht in den Vereinigten Staaten, in Großbritannien etc., Eingriffe rechtfertigen? Die Frage ist aber auch: Besteht die Möglichkeit ausländischer Dienste, sich auf gesetzliche Eingriffsbefugnisse deutscher Behörden zu berufen, zum Beispiel nach dem BND-Gesetz, nach dem BKA-Gesetz, nach dem G-10-Gesetz? Haben ausländische Behörden dort eine Möglichkeit, etwas zu machen?

Der dritte Bereich - damit will ich es in einem ersten Aufschlag bewenden lassen - könnte etwas mehr Sie, Herr Bäcker, betreffen. Welche Art von Abkommen könnten in Betracht kommen, die es - wenn nicht bei der Vorfrage, die ich gestellt habe, schon ein anderes Ergebnis herauskommt, als ich erwarte - ausländischen Nachrichtendiensten erlauben, in Deutschland oder gegenüber deutschen Staatsangehörigen operativ tätig zu sein?

Was können Sie uns da nennen? Und besteht gegebenenfalls darüber hinaus die Möglichkeit von Einzelfallgenehmigungen bezüglich ausländischer Dienste, zum Beispiel gegenüber der NSA, Daten abzugreifen oder im Zusammenspiel mit deutschen Sicherheitsbehörden Telekommunikation, vielleicht sogar sämtliche Telekommunikation einer Stadt, einer Region, abzugreifen? Ich stelle diese Frage mit Blick auf die bilateralen Übereinkommen.

Das waren in einem ersten Aufschlag die Fragen, die ich an Sie gerne stellen würde. Ich möchte Sie jetzt bitten, sie zu beantworten. Weil ich unterschiedliche Fragen an Sie alle drei gestellt habe, würde ich jetzt einmal der Reihe nach rückwärts gehen. Das hat sich in sonstigen Anhörungen so etabliert und führt dann auch ein bisschen zu Abwechslung, auch bei Ihnen, weil Sie, ein bisschen wie in einem Staatsexamen, nicht immer damit rechnen können, dass Sie jetzt dran sind. - Herr Professor Bäcker, ich darf Ihnen das Wort geben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Ich nehme im Staatsexamen ja auch gerne völlig willkürlich dran. Aber es sind meistens mehr als drei Kandidaten. - Sie haben erst mal einen Fragenkomplex zu dem Schutzbereich des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität von informationstechnischen Systemen oder, kurz, dem sogenannten IT-Grundrecht gehabt und die Frage gestellt, wenn ich Sie richtig verstanden habe, ob Manipulationen, die zunächst mal im Netz erfolgen, auch ins IT-Grundrecht eingreifen können. Ich glaube, dass man diese Frage differenziert beantworten muss. Der entscheidende Punkt, vermute ich, dürfte hier die Frage sein: Wie weit reicht das eigene oder, wie Herr Hoffmann-Riem es immer nennt, das eigen genutzte informationstechnische System? Das IT-Grundrecht etabliert eben schon einen Unterschied zwischen dem eigenen informationstechnischen System, das für mich geschützt ist, und den Vernetzungen in seine Umwelt. Grundsätzlich ist im Urteil des Bundesverfassungsgerichts, denke ich, angelegt, dass auch diese Vernetzungen mit vom Schutzbereich des IT-Grundrechts erfasst werden können. Also: Das eigene informationstechnische System muss jetzt<sup>32</sup> nicht eine physi-

32) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 3.



kalische Einheit darstellen; aber es muss irgendeine Zuordnung geben. Ich kann sicherlich nicht mit dem IT-Grundrecht kommen und sagen: Das gesamte Internet ist mein, und jede Manipulation am Internet betrifft sozusagen mein informationstechnisches System.

Von daher glaube ich, dass man die Frage so allgemein nicht beantworten kann. Wenn Sie einen Dienst im Cloud-Computing mieten und Software im Fernzugriff nutzen - also Textverarbeitungssoftware, die von Microsoft in der Cloud bereitgestellt wird, oder so was -, dann würde ich schon sagen, dass das auch Ihr eigenes informationstechnisches System ist, weil Sie aufgrund der Zuordnung dieses Dienstes das<sup>33</sup> eben wirklich als eigenes nutzen. Auf die sachenrechtliche Eigentumszuordnung kommt es da sicherlich nicht an, sondern eben auf eine spezifisch verfassungsrechtliche Wertung. Wenn jetzt jemand anfängt, Ihre Dokumente in der Cloud zu manipulieren, dann glaube ich schon, dass Sie das mit dem IT-Grundrecht abwehren können. Mit der Vorstellung, dass der Netzknoten, über den Ihre Kommunikation läuft, generell unter das IT-Grundrecht fallen soll, hätte ich Probleme. Ich glaube, so weit reicht es nicht.

Bei den beiden anderen Fragen, also erst mal bei der Frage zu dem Verhältnis von Souveränität und Auslandsaufklärung durch ausländische Nachrichtendienste und auch bei der Frage zu der Möglichkeit von ausländischen Diensten, völkerrechtliche Abkommen oder auch Einzelfallgenehmigungen als Rechtsgrundlage für Überwachungsmaßnahmen heranzuziehen, glaube ich, dass man hier doch<sup>32</sup> zwischen der völkerrechtlichen Ebene und der Ebene des deutschen Rechts unterscheiden muss. Ob es ein völkerrechtliches Delikt ist, wenn ausländische Stellen Daten über Kommunikationsbeziehungen von Bürgern der Bundesrepublik erheben, ist ja<sup>32</sup> nicht so einfach zu sagen. Herr Hoffmann-Riem hat ja schon darauf hingewiesen, dass Spionage aus völkerrechtlicher Sicht einen etwas merkwürdigen Status hat: weder richtig erlaubt noch richtig verboten. Andererseits: Wenn man das nachliest, dann findet man doch auch immer wieder diesen Zusatz, dass das eben vor allem dann gilt, wenn die Spionage nicht auf das Territorium zugreift, sodass es dann wirklich

auch von den konkreten Modalitäten des Zugriffs abhängt. Wenn die NSA Kabel in den USA nutzt, um die Telekommunikation innerhalb von Deutschland abzugreifen, die über diese Kabel gelenkt wird, dann ist das völkerrechtlich möglicherweise was<sup>32</sup> anderes, als wenn die NSA jetzt<sup>32</sup> zum DE-CIX fährt und heimlich daran herummanipuliert.

Aus Sicht des deutschen Rechts würde ich sagen - da bin ich erst mal<sup>32</sup> ganz bei Herrn Papier -: In dem Moment, wo die deutsche staatliche Gewalt eine Überwachungsmaßnahme durch eine ausländische Stelle billigt und duldet, ist das aus meiner Sicht ein Grundrechtseingriff in das Fernmeldegeheimnis und muss deswegen nach den Maßgaben, die für Grundrechtseingriffe gelten, gerechtfertigt werden. Das bedeutet insbesondere: Wir brauchen dafür eine gesetzliche Grundlage. Irgendwelche angeblichen geheimen Abkommen, von deren genauer Existenz ich letztlich nicht mehr weiß als das, was ich in dem Buch von Herrn Foschepoth gelesen habe, scheinen mir eine solche Rechtsgrundlage schon deswegen nicht herzugeben, weil sie nicht publik sind, sondern weil sie ja gerade geheim sind. Und eine Rechtsgrundlage für Einzelfallgenehmigungen an ausländische Dienste ist mir nicht bekannt. Von daher würde ich meinen, dass eine solche Billigung dann eben auch eine gesetzliche Ermächtigung voraussetzt, über die Sie im Bundestag debattieren müssten - unter tatkräftiger Begleitung der öffentlichen Meinung.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Herr Professor Hoffmann-Riem.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Danke schön. - Ich gehe zunächst auf den ersten Block ein. Das Verfassungsgericht hat versucht, die Geltungsbereiche, Schutzbereiche von Artikel 10 und dem IT-Grundrecht abzugrenzen. Das Grundrecht aus Artikel 10, Telekommunikationsfreiheit, hat ja eine bestimmte Entstehungsgeschichte. Es ging nämlich darum, Gefährdungen durch Recht abzuwehren, die durch die räumliche Trennung zwischen Kommunikator und Rezipienten entstehen. Weil sie nicht gemein-

33) Ergänzung des Sachverständigen: "System", siehe Anlage 3.



sam im Raum sind, können sie sich auch nicht selber schützen. Es geht also gewissermaßen um Risiken durch die Distanz. Das bedeutet, dass Zugriffe in der Distanz, also bei der Kabelübertragung oder bei der Satellitenübertragung, in den Schutzbereich von Artikel 10 fallen.

Demgegenüber stellte sich bei den Entscheidungen zur Onlinedurchsuchung folgende Problematik: Seinerzeit war es nicht möglich, per Kabel zuzugreifen. Die waren aus technologischen Gründen gewissermaßen abhörsicher. Das ist heute überwunden. Deswegen<sup>34</sup> kam die Idee: Dann müssen wir entweder an der Quelle, bei dem Absender oder bei dem Empfänger an den Endgeräten versuchen, Zugriff zu bekommen, zu manipulieren, damit wir dort die Daten, die dort eingegangen sind oder eingehen werden, abgreifen können<sup>35</sup>. Das Verfassungsgericht hat sich jetzt mit diesen Maßnahmen an den Endgeräten befasst. Dabei ist ein Endgerät natürlich nicht ein Kasten, sondern ein System. Es hat Zugang zu anderen Netzen. Es ist eventuell noch mit einer Reihe anderer technischer Möglichkeiten verknüpft.

Jetzt war die Grundidee die, dass die Gefährdungen, die dadurch entstehen, dass ich für meine eigenen Zwecke auf Hard- und Software dieser Art angewiesen bin, ebenfalls, wenn man das Grundrechtsschutzniveau halten will, das das Grundgesetz vorgibt, abgewehrt werden können müssen. Und das geschieht eben durch diese neue Grundrechtskonkretisierung. Dabei wird man in Einzelfällen sicherlich darüber streiten können, wie das mit den Knotenpunkten ist, was Sie eben angesprochen haben. Das muss man sicherlich dann auch von den jeweiligen Gefährdungspotenzialen her ansehen.

Aber ich würde doch noch unterscheiden; deswegen habe ich das in meiner Darstellung vorhin auch noch etwas breiter gezogen. Es geht ja jetzt nicht nur darum, Schutzpflichten aus dem engen Bereich, den diese IT-Grundrechtskonzeption nennt, zu verwirklichen, sondern Schutzpflichten folgen eben<sup>35</sup> auch aus anderen Normen. Sie sind eben<sup>35</sup> nicht nur aus Grundrechtsnormen abzuleiten. Im Grunde muss man heute, in Zeiten der vernetzten globalen Kommunikation, wo alle möglichen Kommunikationsinhalte unterschiedlicher

Art in dem gleichen System transportiert werden, die verschiedenen Normen in der Gesamtschau betrachten. Wenn es darum geht, jetzt<sup>35</sup> eine staatliche Schutz Aufgabe zu verwirklichen, dann ist nicht so wichtig, ob das<sup>35</sup> aus einem Individualgrundrecht folgt oder aus einem Auftrag, wie etwa Artikel 87 f Grundgesetz oder so, sondern das ist ein Schutzauftrag, der auch in der Gemengelage gesehen werden kann<sup>35</sup>, sodass es für die Wahrnehmung dieses Schutzauftrags, politisch gesehen, für den Gesetzgeber nicht zwingend darauf ankommt, aus welcher Quelle er sich jeweils motiviert sieht, etwas zu tun. Etwas anderes ist es, wenn es um Rechtsschutz geht, weil dieser Schutzauftrag nicht erfüllt wird. Dann muss man wieder genau hinsehen. Aber für politische Gestaltung, denke ich, darf man das in der Gesamtkonzeption sehen.

Zweiter Fragebereich: Souveränität. Das sehe ich auch so, wie Herr Bäcker es schon gesagt hat. Ich möchte noch mal deutlich machen: Wenn ein ausländischer Geheimdienst in einem anderen Land, etwa in Deutschland, tätig wird, dann hat er natürlich zu prüfen, ob er das nach<sup>36</sup> nationalem Recht darf. Ob die NSA das nach nationalem amerikanischem Verfassungsrecht wirklich alles darf, ist durchaus umstritten, weil das in der gesetzlichen Grundlage nur partiell angelegt ist und zum Teil durch präsidiale Akte dazu gekommen ist. Das will ich aber gar nicht prüfen. Das ist ja nicht unser Problem. Das muss die NSA in den USA ausmachen. Aber in keinem Fall kann sie durch eine nationale Ermächtigung amerikanischer Art eine Ermächtigung bekommen, im deutschen Grundrechtbereich deutsche Gesetze zu verletzen.

Deswegen muss man fragen: Gibt es solche Gesetze, die sie dazu ermächtigen? Wenn Sie sich das BND-Gesetz und all die anderen Gesetze ansehen, finden Sie dort keine Ermächtigung für die NSA oder irgendeinen anderen ausländischen Geheimdienst. Wenn man das wollte, müsste man also ein Gesetz schaffen, das meinetwegen der NSA diese Möglichkeiten gibt. Das ist wieder eine politische Frage. Aber ich denke doch, dass man das nur unter dem Aspekt von Gegenseitigkeit näher überlegen würde, also keineswegs so, dass ein

34) Richtigstellung des Sachverständigen: "Seinerzeit", siehe Anlage 2.

35) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 2.

36) Ergänzung des Sachverständigen: "seinem", siehe Anlage 2.



kleineres Land wie die Bundesrepublik sich gewissermaßen unterwirft und sagt: Ihr dürft bei uns machen, was ihr wollt, auch wenn wir wissen, dass ihr im Übrigen von uns erwartet, dass wir natürlich in den USA nicht dergleichen tun.

Zu der letzten Frage, wie weit ausländischen Geheimdiensten etwas erlaubt werden kann - in allgemeiner Form gestellt; welche Art von Abkommen -, bleibt wieder das Gleiche zu sagen: Hier gelten Gesetzesvorbehalte. Natürlich können Sie auch Gesetzesvorbehalte durch internationale Abkommen vorbereiten<sup>37</sup> und dann<sup>38</sup> in nationales Recht transferieren. Aber Sie brauchen eben<sup>39</sup> eine gesetzliche Ermächtigung, selbst wenn Sie nur dazu ermächtigen wollen, dass Einzelgenehmigungen erteilt werden. Das ändert nichts an der Notwendigkeit einer solchen Rechtsgrundlage. Und auch die sehe ich im deutschen Recht nicht.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank, Professor Hoffmann-Riem. - Herr Professor Papier, ich darf Ihnen das Wort geben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Ich kann in den meisten Fragen eigentlich Bezug auf das nehmen, was meine Vorredner gesagt haben. Ich will aber ergänzend noch etwas zum Schutzbereich ausführen, also zu Ihrer ersten Frage, Herr Vorsitzender. Wir haben es hier ja mit, sagen wir mal, unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Gewährleistungen zu tun, die im Einzelfall schwierig abzugrenzen sind, aber im Grunde alle die gleiche Wurzel im Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 haben, also im Schutz der menschlichen Persönlichkeit. Es<sup>40</sup> ist natürlich einmal das zwar spezialgesetzlich geregelte Grundrecht des Telekommunikationsgeheimnisses. Es ist auch ganz klar, dass mit diesem Grundrecht die Privatheit geschützt werden soll. Es gibt entsprechende ausländische Verfassungen. Auch die europäischen Verfassungen oder<sup>40</sup> Grundrechteverbürgungen subsumieren gewissermaßen das Telekommunikationsgeheimnis unter den Schutz der Privatheit. Daneben gibt es das Grundrecht, das das Bundesverfassungsge-

richt aus diesem allgemeinen Persönlichkeitsschutz entwickelt hat, nämlich das Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Und dann können Sie natürlich noch das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung, also das etwas plakativ als Datenschutzgrundrecht bezeichnete Recht, heranziehen.

Hier gibt es immer wieder Überschneidungen und Abgrenzungsprobleme, insbesondere zwischen dem Grundrecht auf Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme auf der einen Seite und dem Grundrechtsschutz auf Wahrung des Telekommunikationsgeheimnisses. Herr Hoffmann-Riem hat es ja schon angedeutet. Wir haben uns gerade auch bei der Entscheidung zur Onlinedurchsuchung doch einige Gedanken gemacht: Wie sind diese Grundrechte gegeneinander abzugrenzen? Oder: Brauchen wir überhaupt ein solches Grundrecht auf Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme? Haben wir nicht durch das Telekommunikationsgeheimnis auf der einen Seite und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung auf der anderen Seite hinreichenden Schutz?

Wir meinten damals: Nein, es ist hier noch eine Gewährleistungslücke vorhanden, weil Artikel 10 - Herr Hoffmann-Riem, Sie haben es ja eben ausgeführt - nur die laufende Telekommunikation schützt, nicht aber vor heimlicher, sagen wir mal: Ausspähung informationstechnischer Systeme oder gar vor Manipulationen der informationstechnischen Systeme. Da schien uns auch das Grundrecht auf Datenschutz nicht eine hinreichende Gewähr zu bieten. Deshalb haben wir gemeint, aus dem allgemeinen Grundsatz des Persönlichkeitsschutzes ein spezielles, wenn Sie so wollen, Computergrundrecht zu entwickeln, das den modernen Gefährdungen und Schutzbedürfnissen der Bürger Rechnung tragen soll.

Es gibt Grenzbereiche, zum Beispiel bei der Quellen-TKÜ, also der Telekommunikationsüberwachung, die an der Quelle beginnen soll. Sie ist eine Antwort der Sicherheitsbehörden auf die Vielzahl von Verschlüsselungen der laufenden

37) Richtigstellung des Sachverständigen: "erfüllen", siehe Anlage 2.

38) Richtigstellung des Sachverständigen: "diese", siehe Anlage 2.

39) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 2.

40) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 1.



Telekommunikation, was eben das normale Abhören des Telekommunikationsverkehrs voraussetzungsgemäß erschwert. Da ist immer die Frage: Womit ist eine solche Quellen-TKÜ zu rechtfertigen, die zwar darauf abzielt, die laufende Telekommunikation zu überwachen, die aber nur dadurch möglich ist, dass man in das informationstechnische System heimlich, ich sage mal: einbricht, um sich eben vor der Verschlüsselung des Inhalts zu bemächtigen? Wir haben damals gesagt: Es ist ausreichend, das nach Artikel 10 zu beurteilen, wenn rechtlich und tatsächlich wirklich gewährleistet ist, dass der Einbruch in das informationstechnische System auf die Überwachung der laufenden Telekommunikation beschränkt wird oder beschränkt werden kann, auch technisch beschränkt werden kann, und nicht für weitere Einbrüche in das informationstechnische System gewissermaßen benutzt werden kann. Wir waren damals - ich kann mich noch gut erinnern - skeptisch, ob das technisch überhaupt möglich ist. Und ich persönlich meine, dass man eine Quellen-TKÜ nicht, weder im Polizeirecht noch im Strafverfahrensrecht, einfach auf die normale gesetzliche Ermächtigung zur Telekommunikationsüberwachung stützen kann, sondern dass man dafür eine spezielle Ermächtigung bräuchte, weil man eben letztlich ein Gefährdungspotenzial schafft, wenn man erst mal<sup>41</sup> in das informationstechnische System einbricht. Wir haben damals großen Wert darauf gelegt, dass eben nicht nur die Vertraulichkeit geschützt wird, sondern auch die Integrität. Das ist eine bewusste Antwort darauf gewesen, dass man eben auch manipulieren kann, ohne dass es der Nutzer merkt. - So viel zu den Schutzbereichen.

Gestatten Sie mir noch eine letzte Bemerkung zum Schutzbereich, Herr Vorsitzender. Sie sagten ja, dass wir zum Schutzbereich des Artikel 10 gehörig nicht nur den Schutz der Inhalte der Telekommunikation erachten, sondern auch den Schutz der äußeren Umstände der Telekommunikation. Ich glaube, es war in unserer Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung, wo wir gesagt haben, dass diese Erfassung der Verkehrsdaten, jedenfalls dann, wenn sie flächendeckend und für eine gewisse Zeit erfolgt, von genau derselben, wenn nicht gar einer höheren Eingriffsintensität sein kann wie eine partielle Abhörung des Inhalts.

Und wenn ich das mal<sup>41</sup> sagen darf: Nach meiner Kenntnis - ich bin ja Sachverständiger, muss aber darauf hinweisen, dass ich das auch nur durch Sekundärliteratur belegen kann - besteht darin auch ein grundlegender Unterschied zwischen der Rechtsauffassung in den Vereinigten Staaten von Amerika und Deutschland - oder nicht nur Deutschland, sondern im Grunde auch Europa. Der Europäische Gerichtshof hat ja unsere Sicht der Dinge voll übernommen. Er sagt auch: Das Telekommunikationsgeheimnis schützt auch die Umstände der Telekommunikation. Und auch er sieht in der Aufzeichnung, der Erfassung dieser Umstände einen genauso schwerwiegenden Eingriff wie in Zugriffen auf die Inhalte. Aber das amerikanische Recht sieht das offenbar - jedenfalls bislang - anders. Der vierte Zusatzartikel zur Verfassung der Vereinigten Staaten - ich berufe mich hier auf eine Veröffentlichung in der kürzlich erschienenen *JuristenZeitung* - schützt nach herrschender Auffassung in den Vereinigten Staaten nur vor einer Inhaltskontrolle der Telekommunikation. Man unterscheidet also ganz klar, jedenfalls nach herrschender Auffassung in den Vereinigten Staaten, zwischen dem Inhalt der Telekommunikation und den Verbindungsdaten, den sogenannten Metadaten, und zieht im Grunde den Fourth Amendment, also den vierten Zusatzartikel, nur bei Erfassung der Inhalte heran. Da besteht also ein grundsätzlicher Dissens, der natürlich auch unter juristischen Aspekten zu diesen vielen Schwierigkeiten führt.

Dann noch ein letztes Wort zu diesen Souveränitätsproblemen: Da stimme ich mit dem, was meine Vorredner gesagt haben, natürlich voll überein. In meinen Augen ist ganz klar: Wenn deutsche Behörden Beschränkungen der deutschen Grundrechte durch ausländische Dienste, durch ausländische Behörden dulden, wenn dies mit Wissen deutscher Behörden geschieht und das geduldet wird oder möglicherweise sogar auf einem Verwaltungsabkommen oder einer Absprache beruht, dann sind diese Eingriffe den deutschen Behörden zuzurechnen und insoweit natürlich dem deutschen Grundrechtsschutz voll unterworfen. Auf der anderen Seite ist auch ganz klar, dass ausländische Dienste, ausländische Behörden sich nicht darauf berufen dürfen, sie dürften

41) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 1.



hier in Deutschland Grundrechtseingriffe vornehmen, weil sie nach amerikanischem Recht im Grunde dazu ermächtigt seien, etwa wegen der einschränkenden Auslegung des Fourth Amendments. Das ist also undenkbar. - Danke schön.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Bevor ich die Kollegen jetzt ums Wort bitte, gestatten Sie mir, liebe Kollegen, eine kurze Nachfrage. Sie ist ganz kurz, aber ich halte sie für ganz wichtig.

Wenn ich Sie alle drei richtig verstanden habe, sehen Sie keine gesetzliche Grundlage für ausländische Dienste, bei uns in Deutschland Daten abzugreifen, Daten auszuspähen, und alle untergesetzlichen Grundlagen wären aufgrund des Vorbehaltes des Gesetzes nicht ausreichend. Sehe ich das richtig? - Gut. Alle drei nicken, zwar mit unterschiedlicher Intensität,

(Sachverständiger Prof.  
Dr. Hans-Jürgen Papier:  
Wir können auch Ja sagen!)

aber ich glaube, das haben Sie auch gesagt.

Ich wollte es nur noch einmal zusammenfassen. Das war ja eben im großen Zusammenhang dargestellt. Aber für mich ist es so angekommen. Ich wollte Ihnen jetzt nichts in den Mund legen, sondern lieber noch einmal nachfragen, bevor ich Sie falsch interpretiere. Aber das ist bei allen dreien Konsens gewesen? - Gut.

Dann wäre ich mit meinen ersten Fragen, die mir wichtig waren, durch. Nun erhalten die anderen Ausschussmitglieder die Möglichkeit, Fragen zu stellen. Für die Fraktionen ergibt sich danach der Schlüssel einer sogenannten Berliner Stunde. Das bedeutet: Es gibt Zeitbudgets für die Fragen. Das ist auch in der Runde der Obleute so besprochen worden. CDU/CSU haben die Möglichkeit, 27 Minuten zu fragen, die SPD 17 Minuten, die Fraktion Die Linke und Bündnis 90/Die Grünen jeweils 8 Minuten. Die Reihenfolge richtet sich nach dem Prinzip von Rede und Gegenrede, sodass wir immer abwechselnd auch Regierungskoalition und Opposition haben.

Da ich als Vorsitzender die ersten Fragen gestellt habe, ist in der ersten Befragungsrunde nun die Fraktion Die Linke aufgerufen, die ersten Fragen zu stellen. Darauf folgt dann die Fraktion der SPD, dann Bündnis 90/Die Grünen und dann die

CDU/CSU. In der zweiten und in allen weiteren Befragungsrunden beginnt dann wieder die Fraktion Die Linke, dann folgt die Fraktion der CDU/CSU, dann Bündnis 90/Die Grünen und dann die SPD. Dann haben wir, glaube ich, ausreichend Gelegenheit, Fragen zu stellen, und Sie, meine sehr geehrten Herren Sachverständigen, auch ausreichend Zeit, zu antworten.

Bei Ihren Antworten haben sich die Obleute klar dafür ausgesprochen, keine Zeitkontingentierung vorzunehmen. Das freut uns sicherlich alle und ist auch richtig unter dem Strich, soll aber nicht heißen, dass Sie nicht direkt auf den Punkt kommen. So, wie ich Sie gerade vernommen habe, können Sie das alle sehr gut, und das freut uns natürlich als Abgeordnete besonders. Das sollte uns ein Beispiel sein, auch bei den Fragestellungen genauso auf den Punkt zu kommen.

Wir gehen jetzt in die Fragerunde. Die Fraktion Die Linke hat die Möglichkeit, zuerst Fragen zu stellen. Ich weiß nicht, wer das bei Ihnen als Erster übernimmt - Frau Kollegin Renner vermutlich. Ich darf Ihnen das Wort geben.

**Martina Renner (DIE LINKE):** Trotz der Zeitbudgetierung zuerst einmal mein Dank an die sachverständigen Herren Professoren für ihre schriftlichen Gutachten, die uns ja schon übersandt wurden, und die Erläuterungen, die heute gegeben wurden.

Ich will vier allgemeine Fragen an Sie alle drei stellen und dann noch einmal zwei spezielle Nachfragen, einmal an Herrn Professor Papier und einmal an Herrn Professor Hoffmann-Riem.

Die allgemeinen Fragen schließen an an die Problematik, die Sie aufgeworfen haben, die Bindung deutscher Hoheitsgewalt an die Grundrechte, und daraus stellt sich für mich natürlich jetzt die Frage: Welche gesetzlichen Möglichkeiten gibt es denn überhaupt, diese Schutzpflichten dann auch durchzusetzen? Welche rechtlichen Möglichkeiten sehen Sie tatsächlich, dass die Träger deutscher Hoheitsgewalt ihre grundrechtliche Pflicht erfüllen, dem schleichenden Abbau des Schutzniveaus für die Kommunikationsgrundrechte vollumfänglich zu entsprechen, wenn wir nicht zu einer technischen Lösung kommen - Herr Professor Papier hatte ja von einer EU-Cloud zum Beispiel gesprochen -, also dass wir uns ein Stück weit technisch unabhängig machen von internationalen Internetkommunikationsformen, und



wenn wir nicht dazu kommen, multilaterale Abkommen zu treffen, mit denen dann zum Beispiel den Geheimdiensten der Five Eyes untersagt wird, entsprechende anlasslose umfängliche Massenerhebungen von Daten durchzuführen? Was bleibt dann als gesetzliche Möglichkeiten? - Das wäre meine erste Frage.

Weiter zu den gesetzlichen Möglichkeiten. Was würde denn den deutschen Hoheitsträgern zur Verfügung stehen an Gesetzen im Rahmen der Gefahrenabwehr und natürlich auch an entsprechenden Befugnissen in den Gefahrenabwehrgesetzen, alle in Frage kommenden geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zu ergreifen, um eine massenhafte anlasslose Sammlung von Daten auf Vorrat durch ausländische Hoheitsträger und deren etwaige private Auftraggeber zu unterbinden?

Ich hatte eben schon das Problem der privaten Auftragnehmer genannt. Da würde sich jetzt bei mir die Frage nach der persönlichen Reichweite anschließen. Also, sind diese privaten Auftragnehmer, die arbeitsvertragliche Vereinbarungen haben, gegebenenfalls auch mit deutschen Nachrichtendiensten tätig zu werden, bei der Ausübung der ihnen übertragenen Aufgaben, technische Informationsbeschaffung und -weitergabe, an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden, und zwar unabhängig davon, wo die technische Informationsbeschaffung physisch örtlich stattfindet?

Die letzte allgemeine Frage: Sie leiten alle aus den grundrechtlichen Schutzpflichten sowie aus anderweitigen Gewährleistungsgarantien des Grundgesetzes einen übergreifenden grundgesetzlichen Schutzauftrag deutscher Staatsorgane im internationalen Kontext ab. Jetzt wäre für mich spannend - und das ist ja auch gerade eine aktuelle politische Diskussion -: Folgen Ihres Erachtens daraus konkrete Handlungsaufträge, zum Beispiel für die Bundesregierung, und lassen sich insbesondere die Verhandlungen um ein No-Spy-Abkommen der Bundesrepublik mit den USA als Ausdruck solcher Handlungsaufträge auffassen? Gäbe es also sozusagen eine zwingende Notwendigkeit, diese Gespräche und Verhandlungen mit einer bestimmten Zielsetzung zu führen?

Herr Professor Hoffmann-Riem, die speziellere Frage an Sie betrifft die auch von Ihnen erwähnte Problematik, dass wir es ja mit Grundrechtsverletzungen zu tun haben, die möglicherweise auch

eine Strafverfolgung nach sich ziehen können, und Sie verwiesen ja schon darauf, dass nach § 153 d StPO von der Strafverfolgung abgesehen werden kann, wenn die Durchführung des Verfahrens die Gefahr eines schweren Nachteils für die Bundesrepublik Deutschland herbeiführen könnte.

Jetzt sagten Sie, gegebenenfalls könnte sich das Ermessen in der Abwägung auf Null reduzieren; es hänge eben von der Schwere des Grundrechtseingriffes und Ähnlichem ab. Wie wäre das im konkreten Fall? Also, wie wäre ebendiese Überwachungspraxis der NSA, wie wir sie mittlerweile ja, ich denke, einigermaßen technisch umreißen können, zu bewerten, was dann diese Frage angeht, ob in diesem Falle der § 153 d StPO greifen könnte?

Wenn ich noch Zeit habe, würde ich noch eine Frage an Professor Papier richten. - Sie haben heute mündlich noch einmal einen Passus in Ihrer Stellungnahme verstärkt. Da ging es um die Problematik, dass, wenn der erste Zugriff auf die Fernmeldevorgänge und Telekommunikationseingriffe durch ausländische Stellen nicht den Anforderungen von Artikel 10 Grundgesetz entsprechen, dann allem Weiteren an Datenverarbeitung der Makel anhaftet. Das hatten Sie ja noch einmal verstärkt.

Wenn ich das jetzt einmal in meine Laiensichtpraxis übersetze: Heißt das dann, dass, wenn der BND und der Verfassungsschutz zum Beispiel von der NSA gewonnene Daten der Bürger und Bürgerinnen in Deutschland, die sie übermittelt bekommen haben auf Grundlage von was auch immer, verwenden, sie dann verfassungswidrig handeln? Das wäre die Frage dann konkret an Sie. - Danke.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Ich sehe von der Fraktion Die Linke derzeit keine weiteren Fragen. - Eine kurze Nachfrage vom Kollegen Hahn.

**Dr. André Hahn (DIE LINKE):** Ja, ich würde gern bei Herrn Professor Papier noch einmal nachfragen, weil Sie gesagt haben: Es besteht die Pflicht der Bundesregierung, wenn sie Kenntnis erlangt zum Beispiel von flächendeckenden Auspähmaßnahmen, dagegen tätig werden zu müssen. Ganz konkret gefragt: Heißt das also, wenn zum Beispiel ein Gebäude der NSA hier in Deutschland gebaut wird, von dem aus dann entsprechende Abhörmaßnahmen stattfinden sollen,



dass die Bundesregierung diesen Bau stoppen müsste oder die Verwendung hier zu diesem Zweck unterbinden müsste - Stichwort Wiesbaden beispielsweise?

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Ich würde jetzt das Wort wieder an Sie, meine Herren Sachverständigen, geben. Jetzt würde ich bei Professor Papier anfangen, wenn ich darf. - Bitte schön.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Wenn Sie gestatten, würde ich gleich einmal die speziellen Fragen vorwegnehmen; jetzt kann ich mich noch besonders gut daran erinnern. Zum Zweiten sind die Fragen ja auch speziell an mich gerichtet.

Zunächst zu Ihrer Frage, Frau Abgeordnete, des Anhaftens des einmal erlangten Makels einer Information. Das würde ich und<sup>42</sup> kann ich und möchte ich in der Tat bekräftigen. Wir haben ja in ständiger Rechtsprechung nicht umsonst gesagt, dass die Freiheitsrechte hier relevant sind - Telekommunikationsgeheimnis, aber das können Sie auch für das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung - Stichwort: Großer Lauschangriff - und für das Grundrecht des Schutzes der Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme sagen. Wenn Informationen - ich sage mal - makelhaft erlangt worden sind, im Widerspruch zur geltenden Rechtslage in Deutschland, dann haftet dieser Makel auch den weiteren Schritten an, weil wir ja immer wieder gesagt haben: Das sind selbstständige erneute - sage ich mal - Grundrechtseingriffe.

Das Bundesverfassungsgericht hat gesagt: Erhebung, Speicherung, Verarbeitung, Vergleich<sup>43</sup>, Selektierung der Daten, dann aber vor allen Dingen die Weitergabe sind jeweils für sich selbst zu sehende, also selbstständige Eingriffe in das Ausgangsgrundrecht. Dann ist es meines Erachtens folgerichtig, zu sagen: Wenn deutsche Behörden sich zwar an der Erhebung nicht beteiligt haben, die Erhebung ihnen nicht zurechenbar ist, sie aber dann von den Daten Gebrauch machen, ist das genauso makelhaft, wenn die Erstgewinnung eindeutig gegen deutsches Recht verstieß.

Ich sage es mal etwas - ich sage mal -<sup>42</sup> platter, plakativer: Ein Handeln deutscher Sicherheitsbehörden nach der Devise "Die ausländischen Dienste gehen zwar eindeutig zu weit und tun etwas, was in den Kernbestand der nationalen Verfassungsrechtsordnung eingreift, aber da dies nun schon mal geschieht, wollen und müssen wir daran auch partizipieren", eine solche Sicht der Dinge, ist in meinen Augen nicht tragbar, um das mal ganz klar zu sagen. Damit sind dann, auch wenn so ganz unterschiedliche nicht nur Praktiken, sondern auch Rechtsauffassungen zwischen den Nationen bestehen oder bestehen sollten, eben auch dem Datenaustausch aus deutscher verfassungsrechtlicher Sicht Grenzen gezogen. Das muss man ganz deutlich sagen.

Sie können sagen, das sei eine ganz unpraktische Sicht der Dinge; aber es kann doch nicht sein, dass Sie verfassungsrechtliche Standards, die die deutschen Sicherheitsbehörden in jedem Fall beachten müssten, weil sie sogar zur, wie wir gesagt haben, Integrität der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland gehören, einfach dadurch umgehen können, dass Sie gewissermaßen auf helfende ausländische Dienste zurückgreifen, die natürlich an diese Voraussetzungen de jure nicht gebunden sind, nicht gebunden sein können, weil sie ja nun auch über Souveränität verfügen. Das ist doch ganz eindeutig, dass sie nicht unmittelbar gebunden sein können. Aber dem Datenaustausch sind dann Grenzen gesetzt.

Jetzt zu Ihrer Frage: Bestehen da ganz konkrete Pflichten, etwa gegen bestimmte Einrichtungen ausländischer Dienste auf deutschem Boden einzuschreiten? - Ich meine, ja. Nur, ich bitte, eines zu beachten: Die Bundesrepublik Deutschland ist ein föderaler Staat. Es ist nicht immer so, dass die Bundesregierung zuständig ist. Herr Hoffmann-Riem hat es vorhin erwähnt. und ich kann das auch noch mal in Bezug auf Ihre allgemeinen Fragen beantworten<sup>42</sup>: Verletzungshandlungen ausländischer Behörden auf deutschem Boden, die die deutsche Rechtsordnung verletzen, sind eine Störung der öffentlichen Sicherheit, mit der Folge, dass die zuständigen Sicherheitsbehörden - das wird in aller Regel nicht die Bundesregierung sein, sondern das sind gegebenenfalls die Behörden der Länder - einzuschreiten haben.

42) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 1.

43) Richtigstellung des Sachverständigen: "Abgleich", siehe Anlage 1.





Ich meine auch, dass hier eine Ermessensreduzierung auf Null eintritt. Im Allgemeinen können ja Sicherheitsbehörden nach Ermessen entscheiden, ob sie bei Störung oder Gefahr für die öffentliche Sicherheit einschreiten; aber nach anerkannter Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte bestehen bei Beeinträchtigung schwerwiegender Rechtsgüter, vielleicht von Ausnahmen mal abgesehen, grundsätzlich auch Eingriffspflichten der Sicherheitsbehörden - und erst recht, wenn mit diesen Vorgehensweisen ausländischer Dienststellen gegen deutsches Strafrecht verstoßen wird. Das ist dann nicht nur eine Frage der Strafverfolgung, die selbstverständlich Platz zu greifen hat - Legalitätsprinzip im Strafrecht -, sondern es ist auch eine Frage des Sicherheitsrechts.

Das heißt, die zuständigen Polizei- und Sicherheitsbehörden haben von einer Störung der öffentlichen Sicherheit auszugehen, wenn Strafgesetze missachtet werden, wobei ich Ihnen jetzt nicht genau sagen kann und sagen will, welche Behörden nun im Einzelfall zuständig sind. Im Zweifel werden das die Landesbehörden sein und nicht der Bund, es sei denn, es geht um Vorfeldaufklärung über das Bundesamt für Verfassungsschutz. Aber die eigentlichen Sicherheitsbehörden werden wohl Behörden der Länder sein.

Ansonsten muss ich natürlich schon sagen: Die Handlungsaufträge, meine Damen und Herren Abgeordnete, die aus den Schutzpflichten folgen, sind nach ständiger Rechtsprechung Pflichten, die gewissermaßen dem Grunde nach bestehen, aber im Allgemeinen scheut das Bundesverfassungsgericht davor zurück, ganz spezielle, mit der Verfassungsbeschwerde etwa durchsetzbare konkrete Handlungspflichten durchzusetzen<sup>44</sup>.

Selbst in so einem doch ein zentrales Grundrecht betreffenden Fall wie der Entführung von Hanns Martin Schleyer, wo ja so prononciert der Gedanke der Schutzpflichten des Staates für das Leben - es ging da um das Leben von Hanns Martin Schleyer - herausgestellt wurde, ist gleichwohl gesagt worden: Die Bundesregierung oder die zuständigen behördlichen Organe haben bei aller Anerkennung einer Schutzpflicht in Bezug auf das Leben der Geisel trotzdem einen Gestaltungs-, einen Ermessens-, einen Beurteilungsspielraum,

wenn es um die Frage geht, ob es nicht gewissermaßen aus Allgemeinwohlinteressen richtiger oder wichtiger wäre, auf diese<sup>45</sup> Forderungen der Erpresser oder der Terroristen nicht einzugehen, um nicht eine ganze Kette späterer vergleichbarer Taten gewissermaßen zu provozieren. Selbst in diesem Fall hat das Gericht gesagt: Konkrete Handlungspflicht<sup>45</sup> dergestalt, dass nun die einsitzenden Terroristen freizulassen sind, damit das Leben von Hanns Martin Schleyer gerettet wird, erkennen wir nicht an.

Ich will dieses Beispiel, das ja mit unserem Problem hier eigentlich wenig zu tun hat, nur mal anführen, um eben darzulegen, dass es doch schwieriger ist, ganz konkrete Handlungspflichten der Politik festzumachen. Aber ich weise eben nochmals darauf hin: Ich habe ja versucht, doch schon einige Pflöcke einzuschlagen, indem ich doch sage, dass es dann, wenn man von Rechtsverletzungen ausländischer Dienste weiß und sie eigentlich auch partiell duldet, eben ein Eingriff ist<sup>45</sup> und, wenn Sie so wollen, die Schutzpflicht klar verletzt ist und man demzufolge auch einschreiten muss, weil dieses Handeln der deutschen öffentlichen Hand zurechenbar ist.

Ich würde auch sagen: die Verschärfung des Strafrechts<sup>45</sup>. Es wird auch immer wieder betont, dass das Strafrecht zwar nicht das immer gebotene, aber doch ein immerhin in aller Regel geeignetes Mittel ist, um die gebotene Schutzpflichtenerfüllung zu erreichen. Also über die strafrechtliche Ausweitung, die ich angesprochen hatte, sollte man auch ernsthaft nachdenken.

Ich weiß nicht, ob ich jetzt alle Ihre Fragen beantwortet habe. Sonst müssten Sie noch korrigieren.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Im Zweifel haben die Mitglieder des Untersuchungsausschusses in einer weiteren Runde noch einmal Gelegenheit, nachzufragen. Machen Sie sich von daher keine Sorgen.

Bevor ich jetzt das Wort an Herrn Professor Hoffmann-Riem weitergebe, muss ich darauf hinweisen, dass aus diesem Saal getwittert wird, Bilder getwittert werden. Ich bitte, das zu unterlassen. Es lässt sich relativ schnell feststellen, wo die

44) Richtigstellung des Sachverständigen: "anzunehmen", siehe Anlage 1.

45) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, Anlage 1.



Person sitzt. Ich bitte, das zu unterlassen, sonst müssen Sie den Saal verlassen. - Danke schön.

Herr Professor Hoffmann-Riem, ich darf Ihnen das Wort geben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Meine Damen und Herren, unter dramaturgischen Aspekten ist es ja relativ langweilig, dass drei Sachverständige, von vier Fraktionen des Deutschen Bundestages benannt, fast das Gleiche aussagen, aber ich denke, politisch gesehen ist das eine Nachricht. Insofern hoffe ich, dass Sie die<sup>46</sup> Langeweile dadurch überwinden können, dass Sie dies miterleben. Insofern sind wir auch in diesen Fragen, die Herr Papier schon weitgehend beantwortet hat, nicht auseinander.

Ich möchte aber doch zu Frau Renner sagen: Ich habe versucht - und wir haben versucht -, erst mal deutlich zu machen, dass wir nicht nur in grundrechtlichen Abwehrrechten denken dürfen, sondern dass es eben auch Aufträge und Schutzaufgaben gibt. Dabei ist seit langem anerkannt - Herr Papier hat es eben noch mal ausgeführt -, dass natürlich die Umsetzung solcher Aufträge einen weiten Gestaltungsspielraum vor sich findet.

Wer füllt den denn aus? Das ist der Gesetzgeber, das sind Sie. Das ist nicht die Bundesregierung, das sind Sie. Insofern ist die Frage, ob der Gesetzgeber sich zu einer Lösung durchringen kann, die diesem Schutzauftrag gerecht wird.

Dabei gibt es aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben gewisse Orientierungswerte. Ich glaube auch, dass man in Anbetracht der doch sehr massiven Beeinträchtigung, die wir jetzt erst erfahren haben durch Snowdens Aktivitäten, nicht bestreiten kann, dass etwas geschehen muss. Die Frage des Ob kann man also, meine ich, nicht verneinen, aber bei der Frage des Wie gibt es weite Gestaltungsspielräume, insbesondere wenn es darum geht, Dinge abzustimmen mit anderen Staaten, die natürlich auch eigene Vorstellungen haben.

Insofern können wir Ihnen jetzt nichts ganz konkret an die Hand geben, sondern nur deutlich machen: Hier ist eine Aufgabe für den Gesetzgeber mit bestimmten Orientierungen, und wir haben

versucht, Ihnen dazu eben<sup>46</sup> auch noch ein Stück Argumentationsmittel in die Hand zu geben.

Soweit nun - das war Ihre zweite Frage - private Auftragnehmer, Provider oder wer es auch immer ist, mit anderen Unternehmen kooperieren, wie etwa NSA, und Daten herausgeben, wie es offenbar in Amerika, zum Teil freiwillig, zum Teil durch gesetzliche Vorgaben, geschehen ist: Da kann ich nur sagen: Die Grundrechtsbindung gilt unmittelbar nicht für Private, aber mittelbar gelten natürlich die Grundrechtsschutzvorkehrungen, die das nationale Recht enthält. Die Vorgaben im Telekommunikationsgesetz, im Datenschutzgesetz, im StGB binden ja diese nationalen Träger, und sie sind einfach nicht in der Lage, wenn sie diese Normen einhalten wollen, einfach Daten herauszugeben. Ich glaube, dass insofern schon eine Fülle von rechtlichen Vorgaben geschaffen worden ist.

Dann haben Sie mich speziell noch einmal zu § 153 d StPO gefragt. Das ist auch - auch darauf hat Herr Papier schon hingewiesen - eine Norm, die einen Opportunitätsspielraum in Abweichung von dem grundsätzlich geltenden Legalitätsprinzip enthält, und der Maßstab ist ja „schwerer Nachteil für die Bundesrepublik“ oder eben „gewichtige<sup>47</sup> öffentliche Interessen“. Aber auf der Gegenseite steht auch ein schwerer Nachteil für die Bundesrepublik, zwar nicht für die Existenz der Bundesrepublik, aber für die Funktionsfähigkeit der Freiheitsverwirklichung in der Bundesrepublik, und zwar nicht nur für privat-persönliche Dinge, auch für Wirtschaftsunternehmen, für das gesamte öffentliche Leben. Das steht auch im Raum.

Ich denke, dass, wenn das Vertrauen in die Integrität und damit Funktionsfähigkeit, auch die soziale Funktionsfähigkeit, etwa des<sup>48</sup> Internet, erschüttert ist, dann kann das erhebliche Auswirkungen für die Möglichkeit etwa<sup>49</sup> wirtschaftlichen Verhaltens, aber natürlich auch individuellen Verhaltens haben. Es hat also sehr viel Bedeutung für die Gesellschaft, und deswegen geht es darum, dass man jetzt einerseits den schweren Nachteil für die Bundesrepublik, der daraus entsteht, dass die Vereinigten Staaten verstimmt sind, und andererseits das andere, dass möglicherweise

46) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 2.

47) Richtigstellung des Sachverständigen: "überwiegende", siehe Anlage 2.

48) Protokoll korrigiert, siehe Anlage 2.

49) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 2.



die Freiheitsausübung doch durch Einschüchterungseffekte und Ähnliches gefährdet ist, abwägt.

Diese Abwägung ist eine Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden. Aber es kann sein - aber ich kann jetzt natürlich nicht definieren, wann genau -, dass es sich um eine Ermessensreduzierung auf null handelt, dass auch mal unter Inkaufnahme von gewissen diplomatischen Verwicklungen hier deutlich gemacht werden muss, dass der Grundrechtsschutz der Bürger ein so hohes Gut ist, und zwar der Bürger insgesamt, dass hier der Staat auch Flagge zeigt und sich nicht nur im stillen Kämmerlein mit irgendwelchen kleinen Beschwerden zufriedengibt.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Dann darf ich Ihnen, Herr Professor Bäcker, das Wort für die an Sie gerichteten Fragen geben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Vielen Dank. - Ich glaube, ich kann mich auch im Wesentlichen kurzfassen.

Ich glaube, es ist klar geworden, dass die Ableitung konkreter Handlungspflichten aus grundrechtlichen Schutzpflichten ein Problem darstellt. Wenn Sie fragen, was Sie als Gesetzgeber tun können: Herr Papier hat ja hingewiesen auf die Möglichkeit, den internationalen Anwendungsbereich des Strafgesetzbuches hinsichtlich mancher Delikte zu erweitern. Ich persönlich tue mich schwer damit, grundsätzlich<sup>50</sup> Pönalisierungsgebote aus Grundrechten herzuleiten. Aber das ist sicherlich eine Erwägung. Auch die von Herrn Hoffmann-Riem angesprochene Ermessensreduktion könnte man ja als eine Konkretisierung einer grundrechtlichen Schutzpflicht unter diesem Vorzeichen begreifen.

Die Regierung ist natürlich auch an Schutzpflichten gebunden. Aber die Vorstellung, dass Sie jetzt die Bundesregierung verpflichtet bekommen, ganz konkret auf bestimmte Vertragsinhalte zu dringen oder so etwas<sup>51</sup>, wird nicht funktionieren. Das wäre eigentlich ja auch kontraproduktiv. Die Prerogative der Regierung für die auswärtigen Beziehungen hat ja ihren Grund und sollte daher jetzt nicht vorschnell unterlaufen werden.

Was die Frage der Gefahrenabwehrmaßnahmen angeht: Prinzipiell würde ich erst mal sagen, ein Angriff seitens einer ausländischen Sicherheitsbehörde auf Netze, auf Kommunikationsnetze oder auch auf vernetzte informationstechnische Systeme, ist ja auf der technischen Ebene nichts grundsätzlich anderes als ein Angriff seitens privater Schädiger. Das geschieht mit einer anderen Zielsetzung und möglicherweise auch in anderem Maßstab, also in größerem Maßstab, als das ein normaler Krimineller hinbekommt; aber prinzipiell würde ich denken: Wenn ausländische Sicherheitsbehörden jetzt<sup>51</sup> Trojaner verbreiten, um damit informationstechnische Systeme abzuhören, oder wenn sie Telekommunikationskabel knicken, um dadurch Daten zu erheben, dann wäre der nächstliegende Mechanismus erst mal, dass eben<sup>51</sup> das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, das solche Fälle bearbeitet, tätig wird und guckt, was man dagegen machen kann, ob es Warnungen aussprechen kann, ob es irgendwie in der Lage ist, ansonsten da zu helfen.

Ein interessanter Punkt in diesem Zusammenhang wäre noch - da sind wir noch mal bei den Schutzpflichten -: Wenn jetzt<sup>51</sup> der Bundesnachrichtendienst zum Beispiel irgendwie erfahren sollte, dass es zu so etwas gekommen ist - das ist ja vorstellbar dank der exzellenten auswärtigen Beziehungen, über die solche Behörden mitunter verfügen -, dann besteht ja die Möglichkeit für den Bundesnachrichtendienst, diese Erkenntnis an andere staatliche Stellen zu übermitteln - § 9 Bundesnachrichtendienstgesetz -, soweit der Empfänger die Daten für Zwecke der öffentlichen Sicherheit benötigt. Das ist eine Vorschrift, die ich in anderem Kontext immer als verfassungswidrig geißele, die aber natürlich hier tatsächlich helfen würde; denn zur öffentlichen Sicherheit gehört zweifellos auch, dass eben<sup>52</sup> Gefahr für die Integrität informationstechnischer Systeme oder für die Vertraulichkeit der Fernkommunikation abgewehrt wird. Hier könnte man auch wieder daran denken, das grundsätzlich gegebene Ermessen des Bundesnachrichtendienstes tatsächlich<sup>52</sup> auf null zu reduzieren, jedenfalls, wenn es sich um eine schwerwiegende Gefährdung handelt.

50) Richtigstellung des Sachverständigen: streiche "grundsätzlich", siehe Anlage 3.

51) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 3.

52) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 3.



Im Übrigen muss man sagen, dass die Entgegennahme von Informationen ausländischer Stellen durch Nachrichtendienste ja ein Punkt ist, der gesetzgeberisch völlig unterbelichtet ist. In den Gesetzen - Bundesverfassungsschutzgesetz, Bundesnachrichtendienstgesetz - finden Sie darüber keine Vorschrift, weil man klassischerweise davon ausgeht, dass die bloße Entgegennahme der Information eigentlich kein Problem darstellt. Sie können dann noch versuchen, das sozusagen als Datenerhebung darzustellen und dann auf diese Weise daran zu kommen, was beim BND aber gewisse Schwierigkeiten auslöst. - Zu den grundrechtlichen Aspekten bin ich nicht gefragt worden.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank für Ihre Ausführungen. - Ich komme nun zu den Fragen der Fraktion der SPD. Herr Kollege Flisek.

**Christian Flisek (SPD):** Meine Herren Sachverständigen, ich darf Ihnen zunächst einmal auch im Namen meiner Fraktion für Ihre sehr pointierten Stellungnahmen danken. Ich selber erlaube mir auch den Kommentar, Herr Professor Dr. Hoffmann-Riem, dass hier bei uns, glaube ich, alles andere als Langeweile herrscht. Im Gegenteil: Für mich persönlich möchte ich mal betonen, dass die Gelegenheit, mit Ihnen diese sehr essentiellen und wichtigen Fragen hier in diesem Untersuchungsausschuss zu erörtern, zu den Sternstunden meiner bisherigen parlamentarischen Tätigkeit gehört. Ich sage allerdings auch dazu: Es ist meine erste Wahlperiode im Parlament.

(Heiterkeit)

Gleichwohl: Ich danke auch Ihnen, Herr Professor Dr. Papier, dafür, dass Sie das, was hier in unserem Untersuchungsauftrag Gegenstand ist, durchaus noch mal deutlich auch in Bezug zu dem anderen Thema Vorratsdatenspeicherung und auch zu den aktuellen Urteilen des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs gesetzt haben und dass Sie das auch als verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik Deutschland noch mal gekennzeichnet haben.

Ich bitte jetzt auch noch mal um Nachsicht, wenn sich bei den Fragen sicherlich die eine oder

andere Wiederholung ergibt. Ich glaube aber, insgesamt ist das manchmal auch gar nicht so schädlich, weil es einfach auch darum geht, manche Thesen und Aspekte noch mal deutlich herauszudestillieren.

Sie hatten alle drei eine Tour d'Horizon durch die einschlägigen Grundrechte gegeben, und Sie haben eben diese beiden Dimensionen betont: einerseits die abwehrrechtliche Dimension und andererseits die Schutzpflichten.

Bei den Schutzpflichten - ich fasse das jetzt mal zusammen - ist man sehr verhalten. Man sagt zwar, das gibt es und da gibt es vielleicht auch so etwas wie ein Untermaßverbot, also so etwas wie einen Minimalschutz, ansonsten aber konkrete Handlungspflichten daraus herzuleiten: Da ist man dann auch als Bundesverfassungsgericht eher vorsichtig. Auf der anderen Seite sagen Sie auch, es gibt diese Gewährleistung einer grundrechtswahrenden Telekommunikationsinfrastruktur, die notwendig ist.

Ich bitte Sie jetzt einfach auch noch mal, weil wir heute eine öffentliche Anhörung haben, zu versuchen, diese Dimension aus Sicht der betroffenen Bürger so herauszuarbeiten: Was bedeutet das am Ende aller Tage eigentlich konkret für einen Staatsbürger, der jetzt sagt: „Ich sehe mich in meinen elementaren Grundrechten durch das, was ich hier aus den Zeitungen lese, verletzt, wenn ich höre, dass es andererseits Schutzpflichten des Staates gibt. Wie konkretisiert sich das für mich?“?

Wir haben gehört, es gibt Ermessensreduzierungen - eventuell auf null. Dann gab es noch mal die Unterscheidung zwischen dem Ob und dem Wie: beim Ob wohl eher eine Ermessensreduzierung auf null, beim Wie dann große Handlungsspielräume und die Frage, wie man das dann umsetzt. Konkret gefragt: Gibt es aus Ihrer Sicht angesichts dessen, was wir wissen, einen Punkt, wo Sie sich vorstellen können, dass es auch eine Ermessensreduzierung beim Wie gibt? Können Sie sich also eine Fallkonstellation vorstellen, wo man aufgrund der Qualität der dahinterstehenden Grundrechte und vielleicht auch aufgrund der Intensität der Eingriffe, die im Raum stehen - es ist ja von Streubreite auch geredet worden in den Urteilen -, sagt: Da gibt es auch bei der Frage des Wie sozusagen eine Ermessensreduzierung auf Null, auch mit der konkreten Wirkung, dass so etwas



dann am Ende vielleicht tatsächlich auch einklagbar sein könnte? - Das wäre die eine Frage.

Zu den Abwehrrechten oder zur abwehrrechtlichen Dimension: Sie haben das herausgearbeitet. Zunächst einmal sind nur Träger deutscher Staatsgewalt an die Grundrechte gebunden. Allerdings kann es durch eben eine solche Billigung und Duldung zu einer Zurechenbarkeit kommen.

Bei der abwehrrechtlichen Dimension tut man sich in Bezug auf die Einklagbarkeit dann auch etwas leichter. Da ist jetzt die Frage auch wiederum in Ihrer Beurteilung: Ist durch das, was wir jetzt wissen, bereits ein Punkt erreicht, an dem Sie sagen könnten, dass es sozusagen individual-subjektive Grundrechtspositionen gibt, die bereits jetzt einklagbar wären im Sinne dieser abwehrrechtlichen Dimension, beispielsweise in Bezug auf das, was die NSA tut? Und gibt es dazu noch einmal einen besonderen europarechtlichen Einschlag, wenn man so will, dadurch dass hier die GCHQ auch im Raum steht als britischer Geheimdienst, der in besonderer Weise auch europäischem Recht unterliegt? Dann wäre für mich natürlich die Frage, ab wann sozusagen aus Ihrer Sicht als Verfassungsrechtsexperten so etwas nachweisbar wäre im Sinne einer Grundrechtsverletzung, die dann dazu führt, dass ich es wirklich auch gerichtshängig machen könnte und auch erfolgreich gerichtshängig machen könnte.

Zu der Frage des BND und der Auslandstätigkeit: Herr Professor Papier, Sie hatten gesagt - so habe ich es zumindest verstanden -, dass Artikel 10 eben umfassend gilt und er nicht territorial beschränkt ist. Herr Professor Dr. Bäcker hat darauf hingewiesen, dass diese Aufgabenzuweisung eben nicht ausreichend ist, das heißt, wir da eine entsprechende Befugnisnorm brauchten.

Meine Frage ist natürlich auch die: Wir reden jetzt nicht darüber, dass wir die geheimdienstliche Tätigkeit insgesamt infrage stellen wollen, sondern wir sagen: Es gibt durchaus Bereiche, auch im Bereich der Auslandstätigkeit, die sinnvoll sind, die auch wichtig sind. Ist es denn überhaupt dann möglich, so etwas sauber abzugrenzen? Ich frage jetzt auch und setze da an: Wir haben gerade auch bei der Organisation unserer Geheimdienste die wesentliche Unterscheidung zwischen Inland und Ausland. Ist diese Unterscheidung zwischen Inland und Ausland angesichts dieser global vernetzten Kommunikationsinfrastrukturen, über die

heute offensichtlich wesentliche geheimdienstliche Tätigkeit läuft, nicht absurd geworden? Das heißt: Ist es nicht so, dass wir im Prinzip auch als Gesetzgeber eventuell noch einmal völlig neu aufsetzen müssten bei diesen grundlegenden Unterscheidungen, die hier im Raum stehen?

Mich interessiert einfach auch noch einmal ganz beispielhaft eine Frage. Nehmen wir einmal an, ich verschicke über Google oder Facebook oder irgendjemand anders meine E-Mails, zum Beispiel ich verschicke eine E-Mail als Google-Kunde an meine Frau. Die läuft dann von Berlin nach Passau, geht aber über amerikanische Server, hat also im Prinzip diesen Auslandskontakt. Ist es dann tatsächlich so, dass da im Prinzip der BND bei der jetzigen rechtlichen Situation - Sie haben ja Ihre Kritik dort zu Recht angeführt - das sozusagen dann als Teil der Auslandsüberwachung sehen könnte, das heißt, dass es im Prinzip eigentlich Binnenkommunikation innerhalb der Bundesrepublik Deutschland ist und nur aufgrund der Tatsache, dass wir dort eben plötzlich über das Ausland kommunizieren, das als Auslandsüberwachung qualifiziert werden könnte?

Ich habe dann noch eine Frage an Sie, und zwar ganz konkret: Wir sind hier in Berlin-Mitte, nicht weit von den Botschaften unserer britischen und amerikanischen Freunde. Verletzen ausländische Nachrichtendienste in dem Fall deutsches Recht - Herr Professor Papier, Sie haben gerade noch einmal sehr deutlich Stellung dazu genommen, was eine Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung betrifft -, wenn sie aus ihren Botschaftsgebäuden, konkret zum Beispiel hier in Berlin, die Kommunikation in Deutschland - ich betone: nicht nur die Regierungskommunikation - erfassen? Welche Möglichkeiten haben wir dann dagegen? Das wäre in der Tat dann auch ein Thema, das eher auf der Bundesebene anzusiedeln ist und nicht im Sinne von Sicherheitsrecht eher auf der Landesebene.

Zum Schluss würde ich Sie ganz gerne fragen: Gibt es aus Ihrer Sicht derzeit im Grundgesetz angesichts dessen, was wir an Gefährdungen wahrnehmen, Schutzlücken, wo Sie sagen würden, es wäre vielleicht besser, wenn es hier zu Verfassungsänderungen kommen würde, die vielleicht auch ein Stück weit das Grundgesetz konkretisieren? Oder sagen Sie: „Das ist eigentlich ganz gut mit dem bestehenden Textkorpus bei uns, beim



Bundesverfassungsgericht oder auch beim Europäischen Gerichtshof, wenn es die Europäische Grundrechtscharta betrifft, aufgehoben.“? - Herzlichen Dank.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank, Herr Kollege Flisek. - Weitere Wortmeldungen sehe ich aus den Reihen der SPD derzeit nicht. Dann darf ich Ihnen, verehrte Sachverständige, das Wort geben. Ich würde jetzt in der gegenläufigen Reihenfolge bei Herrn Professor Bäcker anfangen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Herzlichen Dank. - Ich würde mich jetzt gerne auf zwei Punkte konzentrieren, nämlich erst einmal auf die Auslandstätigkeit des Bundesnachrichtendienstes, die mit meiner Stellungnahme und meinem Eingangsstatement relativ eng verknüpft ist, und dann auf die Grundgesetzänderung. Das kann man ganz schnell machen. Ich glaube nicht, dass die nötig ist. Ich sehe keinen Grund. Ich glaube, dass man prinzipiell, jedenfalls im Grundrechtsteil, gut mit dem arbeiten kann, was wir haben. Eine Grundgesetzänderung würde im Zweifelsfall die Verhältnisse weiter verkomplizieren, die ohnehin kompliziert genug sind mit diesen<sup>53</sup> Abgrenzungsproblemen zwischen Fernmeldegeheimnis und den unterschiedlichen Ausprägungen des Persönlichkeitsrechts.

Wie ist das mit der Möglichkeit, überhaupt eine normative Grundlage für die Auslandstätigkeit des Bundesnachrichtendienstes zu schaffen? Da muss man, glaube ich, prinzipiell mit Blick auf die Aufklärungstätigkeit des Bundesnachrichtendienstes eine Unterscheidung treffen, die auch im BND-Gesetz angelegt ist, nämlich die Unterscheidung zwischen der Aufklärung im Ausland und der Aufklärung über das Ausland, die aber im Inland erfolgt. Das Gesetz macht diese Unterscheidung dadurch, dass es sagt, dass die ganzen datenschutzrechtlichen Vorschriften des BND-Gesetzes nur dann gelten, wenn Informationen im Geltungsbereich des Gesetzes, also in der Bundesrepublik, erhoben werden. Der gesamte Themenkreis Auslandsaufklärung - das betrifft nicht nur die Telekommunikationsüberwachung, sondern

das betrifft auch so etwas wie Observationen oder Trojanereinsätze oder was Sie sich noch alles vorstellen können - ist im BND-Gesetz nur ganz rudimentär überhaupt geregelt und soll sich eben im Übrigen aufgrund dieser Aufgabenbestimmung vollziehen. Insofern haben Sie diese Unterscheidung im Moment schon im Gesetz drin.

Ich gebe Ihnen aber völlig recht, dass die<sup>54</sup> für bestimmte Überwachungsmethoden nicht mehr wirklich zielführend ist, und die Telekommunikationsüberwachung ist das krasseste Beispiel. Sie nennen selber das Beispiel des E-Mail-Versands. Die E-Mail, die Sie an Ihre Frau schicken - beide sind Sie in Deutschland -, wird, weil Sie beide ausländische E-Mail-Anbieter nutzen, natürlich auf der Strecke erst einmal ins Ausland geschickt. Ist das internationale Kommunikation? Vom ganzen Sinn<sup>55</sup> her muss man eigentlich sagen: Nein. - Es muss eigentlich auf die Endpunkte der Kommunikation ankommen. Es ist Aufklärung im Inland, möglicherweise über das Ausland, wenn die Endpunkte der Kommunikation sich in Deutschland befinden. Es ist Aufklärung internationaler Art, wenn zumindest ein Kommunikationsendpunkt sich im Ausland befindet, wobei es dann eben noch diese Unterscheidung gibt zwischen G-10-Aufklärung - einer in Deutschland, einer im Ausland - und reiner Auslandsaufklärung - beide im Ausland. Das ist die derzeitige Rechtslage, zumindest auch<sup>53</sup> so, wie die Bundesregierung sie begreift.

Das Problem ist natürlich im Fall Ihrer E-Mail: Kein Mensch kann eigentlich wissen, ob es sich jetzt<sup>53</sup> um rein deutsche Kommunikation handelt oder nicht; denn man kann - selbst wenn man weiß, von wo Sie die E-Mail abgeschickt haben, was auch schon nicht trivial ist - auf der Übertragungsstrecke nicht erkennen, von wo Ihre Frau die E-Mail einmal abrufen wird. Vielleicht tut sie das zufällig auf ihrer Auslandsreise nach Indonesien. Das ist natürlich ein Problem. Wenn Sie das auf der Übertragungsstrecke nicht wirklich abgrenzen können, stellt sich die Frage, wie Sie überhaupt diese doch ziemlich grundlegende Unterscheidung, die das geltende Recht macht, eigentlich<sup>53</sup> nachvollziehen wollen. Wie das in der Praxis ge-

53) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 3.

54) Ergänzung des Sachverständigen: "diese Unterscheidung", siehe Anlage 3.

55) Richtigstellung des Sachverständigen: "Vom Sinn des G 10", siehe Anlage 3.



handhabt wird, entzieht sich leider meiner Kenntnis, weil alle Antworten auf Fragen, die in Kleinen Anfragen verschiedener Oppositionsparteien dahin gingen, immer nur in der Geheimschutzstelle des Bundestags hinterlegt worden sind. Wenn Sie in der letzten Legislaturperiode schon dabei gewesen wären, hätten Sie einmal nachschauen können.

Ich kann nur sagen: Ich weiß es nicht, und ich habe mit Technikern gesprochen, die mir gesagt haben, auch sie wüssten es nicht. Das waren Techniker, denen ich vertraue. Deswegen würde ich jetzt einmal sagen: Ich glaube nicht, dass es geht.

Das bringt uns natürlich in der Tat dann<sup>53</sup> zu der Schlussfolgerung, dass wir uns fragen müssen, ob wir vielleicht mit anderen gesetzlichen Differenzierungen arbeiten müssen, und das würde ich dringend befürworten. Insbesondere diese Unterscheidung zwischen in- und ausländischen Kommunikationsteilnehmern, was den Schutzbedarf und die Schutzwürdigkeit angeht, ist nicht tragfähig. Artikel 10 ist eben kein Deutschengrundrecht, sondern gilt für inländische und ausländische Telekommunikationsteilnehmer gleichermaßen. Aus meiner Warte wäre es deswegen Ihre Aufgabe, ein Gesetz zu entwerfen, das den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahrt unter der Annahme, dass inländische wie ausländische Kommunikation im Prinzip gleichermaßen erfasst werden kann. Ob Sie dann die strategische Fernmeldeüberwachung in ihrer bisherigen Gestalt wirklich beibehalten können, müsste man sich dann einmal<sup>53</sup> gründlich überlegen.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Herr Professor Hoffmann-Riem.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Herr Flisek hatte zunächst nach dem Bürger und danach gefragt, was er machen kann. In der Zeit, als ich am Bundesverfassungsgericht im gleichen Senat wie Herr Papier war, ist mir aufgefallen, dass das Verfassungsgericht mehrfach, und zwar in zunehmender Bedeutung, die objektiv-rechtliche Bedeutung von Grundrechtsnormen herausgestellt hat. Das ist einfach<sup>56</sup> eine Tendenz, die erkennbar macht, dass Rechtsschutz, auch Grundrechtsschutz, eben nicht ausschließlich

über Individualrechtsschutz, und zwar Gerichtsschutz der Bürger, verwirklicht wird, sondern dass es eine Fülle von Maßnahmen gibt, die notwendig sind, um Grundrechten Verwirklichungschancen zu geben.

Deswegen glaube ich nicht, dass wir die Problematik, die heute diskutiert wird, in einer vorrangigen Perspektive an den Bürger weitertragen dürfen, so nach dem Motto: Tu mal was, und wende dich an die Gerichte! - Das scheitert schon an der fehlenden Kenntnis; das wurde eben angesprochen. Aber<sup>56</sup> es ist ein Problem, das sich zwar individuell auswirkt, aber dessen Dimension weit überindividuell ist. Deswegen ist es so wichtig, dass man die großen Kontexte und die Verantwortung des Parlaments sieht.

Sie haben dann noch einmal die Frage der Ermessensreduzierung beim Wie angesprochen, natürlich auch beim Ob. Tut man etwas, und wie tut man etwas? Ich möchte da fast etwas polemisch formulieren: Eine politische Ermessensreduzierung hätte es vermutlich gegeben, wenn die Abhöraktion gegen die Bundeskanzlerin von Russland oder China ausgegangen wäre. Gleiches könnte auch gelten, wenn nicht die NSA, sondern eben eine der Institutionen dieser beiden Länder oder anderer Länder das gemacht hätten. Es ist also auch eine Frage der politischen Rücksichtnahme, die hier im Raum ist. Das kann das Recht nicht alles in den Blick bekommen, sondern es wird eben<sup>56</sup> erkennbar, dass Recht in einem politischen Kontext genutzt wird und wir nicht alles in der Form von Gerichtsförmigkeit abarbeiten können. Deswegen ist es so gut, dass wir jetzt hier beim Gesetzgeber sitzen.

Ich wollte noch eine kleine, auch fast etwas polemische Bemerkung zu der Frage machen: Was heißt eigentlich in § 1 des BND-Gesetzes „im Geltungsbereich dieses Gesetzes“? Das wurde eben so definiert: Es muss in Deutschland sein, irgendwie jedenfalls die Verarbeitung usw. Aber da der BND sich nach Absatz 1 auf die Aufgabenstellung bei der strategischen Auslandsüberwachung auf dieses BND-Gesetz bezieht, geht er offenbar davon aus, dass der Geltungsbereich dieses Gesetzes auch im Ausland ist<sup>57</sup>. Wir haben hier irgendwie eine merkwürdige, schillernde Argumentation, die so etwas<sup>56</sup> instrumentell wirkt. Wenn es nützt,

56) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 2.

57) Richtigstellung des Sachverständigen: "das Ausland umfasst", siehe Anlage 2.



dann bezieht man sich auf die enge Auslegung, wenn es nicht nützt, vergisst man sie. Das könnte vielleicht auch<sup>56</sup> bei einer zukünftigen Novellierung deutlicher gemacht<sup>58</sup> werden.

Was nun die Aktivitäten von befreundeten Botschaften anbelangt, so gibt es in der Tat aufgrund der Immunität der Botschaften kein Zugangsrecht zu diesen Botschaften, und wir wissen - das hat der amerikanische Botschafter auch deutlich gemacht -: Er lässt offenbar auch keine deutsche Stelle auf das Dach des Gebäudes gehen und nachsehen, was da passiert. Dieser Immunitätsschutz ist durch Völkerrecht abgesichert. Trotzdem glaube ich, dass Abhörmaßnahmen oder sonstige Aktionen, die von dort aus in das deutsche Recht hineinwirken, nicht durch Völkerrecht gedeckt sind und auch insofern rechtswidrig sind. Ich glaube aber auch nicht, dass wir durch Störsender oder ähnliche Aktionen gegen die amerikanische Botschaft das Problem bewältigen könnten. Das muss auch wieder auf politischem Wege getan werden.

Was die letzte Frage nach den Schutzlücken in der Verfassung anbelangt: Jedenfalls im Grundrechtsbereich sehe ich keine Notwendigkeit. Die Grundrechte sind wirklich ein gelungenes Kernstück unserer Verfassung, und sie haben<sup>59</sup>, wie auch die Weiterentwicklung durch das Bundesverfassungsgericht gezeigt hat, immer wieder genügend Anhaltspunkte gegeben, um auf tatsächliche Änderungen, technologische, soziale Änderungen, zu reagieren. Das heißt also, die Grundrechtsnormen werden auch als eine Art lebendes Recht verstanden, das Zielsetzungen des Freiheitsschutzes vorsieht, aber Veränderungen der Gefährdungen der Zielverwirklichung aufnehmen kann und durch eine gewisse Rechtsfortbildung dann auch entsprechende Schutzvorkehrungen hinreichender Art bereithält. - Vielen Dank.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Herr Professor Papier.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Zunächst ein paar Worte noch zur Auslandsaufklärung des BND: Das ist im Grunde seine

Aufgabenstellung, und nur Auslandsaufklärung. Das ist ja der Auslandsgeheimdienst. Aber man muss eben unterscheiden, auch bei den Nachrichtendiensten - das ist jedenfalls unsere rechtsstaatliche Tradition in Deutschland -, zwischen der Aufgabenstellung und den vom Gesetzgeber eingeräumten Befugnissen. Das haben wir schon im Polizei- und Ordnungsrecht kennengelernt. Allein aus der Aufgabenstellung der Polizei- und Ordnungsbehörden folgen noch nicht alle möglichen Eingriffsermächtigungen, sondern die Behörden haben bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nur diejenigen Befugnisse, die ihnen normenklar und bereichsspezifisch eingeräumt sind. Und wenn sie keine spezielle<sup>60</sup> Ermächtigung haben, dürfen sie nicht unter Hinweis auf ihre Aufgabenstellung Grundrechtseingriffe vornehmen.

Dasselbe gilt für den BND. Natürlich ist die Auslandsaufklärung vielfach ohne Grundrechtseingriffe oder nicht mit Grundrechtseingriffen verbunden<sup>61</sup>. Wenn Zeitungsausschnitte in den Vereinigten Staaten gesammelt werden oder man Gespräche mit Leuten führt, die vielleicht ein gewisses vertrauliches oder vertrauensvoll zu behandelndes Wissen haben, aber es freiwillig ausplaudern, dann hat das keine Grundrechtsrelevanz. Aber wenn der Auslandsgeheimdienst in Wahrnehmung seiner Aufgabenstellung, der Auslandsaufklärung, dann spezifische Grundrechtseingriffe vornehmen will, dann muss man schon verlangen, dass er nach deutschem Recht diese Grundrechte auch zu wahren hat. Wenn Soldaten der Bundeswehr in Afghanistan Grundrechtseingriffe vornehmen, sind sie nach deutschem Recht zu behandeln. Es kann natürlich sein, dass diese Grundrechtseingriffe legitimiert sind aufgrund völkerrechtlicher Gegebenheiten oder völkerrechtlicher Normen. Dann ist der dafür vorhandene, nach deutschem Hausrecht<sup>62</sup> nötige Gesetzesvorbehalt im Völkerrecht zu finden, meinerwegen auch im Kriegsvölkerrecht. Aber ohne eine gesetzliche Ermächtigung dürfen beispielsweise auch im Ausland tätige Soldaten der Bundeswehr keine Freiheitseingriffe, keine Grundrechtseingriffe vornehmen, gar das Leben anderer beein-

58) Richtigstellung des Sachverständigen: "ausgeschlossen", siehe Anlage 2.

59) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 2.

60) Richtigstellung des Sachverständigen: streiche "spezielle", siehe Anlage 1.

61) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 1.

62) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 1.





trächtigen, es sei denn, sie verfügen über eine gesetzliche oder völkerrechtliche Ermächtigung. Das ist ganz klar. Es ist übrigens auch von der Haftungsjudikatur, von der Staatshaftungsjudikatur anerkannt, dass deutsche Amtsträger, wenn sie im Ausland agieren und dort Grundrechte verletzen, sich dann auch, jedenfalls grundsätzlich, einer Amtspflichtverletzung schuldig machen können mit der Folge der Haftung der Bundesrepublik Deutschland. Ich glaube, darüber sind wir uns hier, nicht nur in diesem Kreise, sondern auch weitestgehend, einig.

Nun aber zu der Frage der Schutzpflichten: Das Bundesverfassungsgericht ist, wie gesagt, sehr zurückhaltend, wenn es darum geht, spezielle Handlungspflichten aus diesen grundrechtlichen Vorschriften abzuleiten, weil man natürlich nicht in den Gestaltungsspielraum, in den Prognosespielraum, in den Abwägungsspielraum des demokratisch legitimierten Gesetzgebers eingreifen möchte. Ich lese noch einmal eine Formulierung vor, die immer wiederholt wird, aus der zahlreichen Judikatur, die sich mit solchen Schutzpflichten beschäftigt: Das Gericht wird eine Schutzpflichtverletzung feststellen können, „wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben.“

Denkbar sind auch Verfassungsverletzungen und Individualgrundrechtsverletzungen durch Unterlassen. Ich will jetzt auch nicht dazu raten, das Bundesverfassungsgericht mit solchen Individualbeschwerden anzurufen. Die deutschen zuständigen Organe werden mit Sicherheit dann auch vortragen können, dass man nicht absolut untätig ist, dass man aus der Sicht der die Staatsleitung innehabenden Organe nur die politisch angemessenen, zweckmäßigen Mittel ergreifen möchte. Das wäre wahrscheinlich schon ein Grund, um zu sagen: Na ja, eine schlichte<sup>63</sup> Pflichtverletzung können wir dann eben wohl auch nicht annehmen wegen des Gestaltungs- und Ermessensspielraums.

Aber ich möchte auch das noch einmal aufgreifen, was meine Vorredner hier gesagt haben, insbesondere Herr Hoffmann-Riem: Verfassungsrecht ist nicht nur eine Wirklichkeit, die im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht Wirkung erlangen sollte oder erlangen kann. Erstinterpret, wie es Paul Kirchhof einmal genannt hat, der Verfassung und damit auch Erstanwender der Verfassung ist der demokratisch gewählte Gesetzgeber, das Parlament. Sie haben diesen Verfassungsauftrag, diesen Schutzpflichtauftrag wahrzunehmen. Man kann das nicht immer alles nach Karlsruhe schieben. Das ist ein Gericht, und das kann im Grunde nur aufgrund konkreter Anträge entscheiden. Konkrete Anträge, gerade im Bereich der Schutzpflichtverletzung, verlangen nun eben, dass man sagt: Es müsste in diesem Fall ganz speziell dieses oder jenes getan werden seitens der Bundesregierung oder seitens des Gesetzgebers, und dies wird unterlassen, und zwar permanent und nachhaltig. - Das ist so eine Art prozesstechnische Schwierigkeit. Aber das befreit uns nicht und vor allen Dingen nicht den parlamentarischen Gesetzgeber von der Achtung der Verfassung und der Wahrnehmung und Durchsetzung der Verfassung.

Was die Notwendigkeit der Ergänzung der Verfassung anlangt: Im Bereich der Grundrechte sehe ich das schon auch so wie Sie, wobei ich eben sagen möchte, in aller Bescheidenheit - und wir können das beide sagen, weil vieles unsere Vorgänger in Karlsruhe letztlich bewerkstelligt hatten -: Es ist natürlich nicht nur dank des geschriebenen Grundrechtskataloges so, sondern auch aufgrund der stets die Grundrechte in die Zukunft hinein weiter konkretisierenden Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, die dazu geführt hat, dass die Grundrechte nicht zu einem rechtshistorischen Phänomen geworden sind, sondern durchaus mit der technologischen Entwicklung standhalten können. Für mich ist es auch eine gewisse Genugtuung, dass der Europäische Gerichtshof etwa die Judikatur zur Vorratsdatenspeicherung im Grunde und im Wesentlichen teilt, also dieselben Grundsätze anwendet, die in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts postuliert oder judiziert worden sind.

63) Richtigstellung des Sachverständigen: "grundrechtliche", siehe Anlage 1.



Aber man könnte natürlich schon überlegen - wir diskutieren immer über Staatszielbestimmungen, wir diskutieren über Gewährleistungsverantwortung des Staates -, ob hier nicht doch eine etwas ausdrücklichere Verankerung der Staatsaufgabe „Gewährleistung eines nicht nur technisch angemessenen, eines nicht nur technisch sicheren und funktionierenden, sondern auch eines inhaltlich den grundrechtlichen Anforderungen entsprechenden informationstechnischen Systems“ besteht<sup>64</sup>. Ich verlange jetzt nicht eine Rückkehr zum alten Postmonopol, und ich verlange nicht, dass der Staat im Grunde jetzt die ganzen technologischen Entwicklungen an sich reißt, hier ein Staatsmonopol begründet und sich dann auch noch gegenüber der globalisierten Welt abschottet. Aber eine Gewährleistungsverantwortung, wie wir sie etwa im normalen Telekommunikationsverkehr kraft des Artikels 87 f haben, schiene mir schon einmal überlegenswert. Nur eines möchte ich auch sagen: Das ist wirklich jetzt eine Aufgabe, bei der es sich lohnte, eine große Expertenkommission - „groß“ meine ich jetzt nicht vom Umfang her - einzusetzen, um darüber zu diskutieren, wie der deutsche Staat oder die Europäische Union auf diese neuzeitlichen Herausforderungen reagieren müssen, damit der Staat als Garant von Freiheit und innerem Frieden, aber vor allen Dingen als Garant der Freiheit, seiner Aufgabe in diesem Bereich noch gerecht wird. Das ist wirklich eine Mammutaufgabe, die wir hier auch mit drei Sachverständigen nicht leisten können.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Das klang zwar wie ein Schlusswort, wir sind aber noch nicht einmal am Ende der ersten Fragerunde. - Von daher darf ich uns jetzt zu den Fragen der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen leiten. Das Wort hat der Kollege Konstantin von Notz.

**Dr. Konstantin von Notz (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Meine Herren Professoren, herzlichen Dank für Ihre Expertise hier am heutigen Tag! Der Grund, warum wir hier zusammensitzen, ist der globale Überwachungsskandal, der uns seit bald einem Jahr begleitet. Ich freue mich sehr, dass hier

heute unsere erste Sachverständigenanhörung vor diesem staatsrechtlichen Hintergrund abläuft. Ich danke Ihnen vor allen Dingen sehr für die sehr klaren Einlassungen und Statements, die Sie hier gemacht haben, die uns, glaube ich, wirklich weiterhelfen, uns als Parlamentarischem Untersuchungsausschuss, der sich zum Ziel gemacht hat, Konsequenzen und vor allen Dingen auch Aufklärung aus diesem Skandal zu ziehen.

Mein erster Punkt knüpft an die Frage der Schutzpflichten an, die gerade Sie, Herr Professor Papier, noch einmal vertieft haben. Ich frage jetzt einmal ganz schlicht und vielleicht auch in dem Bewusstsein, dass wir nicht vor dem Bundesverfassungsgericht sind, das sich ja zurückhalten muss bezüglich der konkreten Ideen, die man der Politik mitgeben will. Aber wir sind hier in einem Gremium, in dem wir nach konkreten Dingen suchen, die wir jetzt machen können. Ich würde eben auch sagen: Seit den Veröffentlichungen von Edward Snowden vor bald zwölf Monaten sind wir bösgläubig darauf, was passiert, und eben in einer Handlungspflicht.

Es gibt aus dem Bundesministerium des Innern und dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie Maßnahmen für einen besseren Schutz der Privatsphäre vom 14. August 2013. Ich weiß nicht, ob Sie das kennen. Das waren acht Punkte, die die Bundesregierung machen wollte. Davon ist meiner Ansicht nach bisher nichts umgesetzt. Viel wird über ein No-Spy-Abkommen geredet. Auch das gibt es nicht. Deswegen frage ich noch einmal konkret nach der Schutzpflicht. Was müsste die Bundesregierung, was müssten wir als Parlament denn konkret tun, um jetzt zu handeln? Das sage ich gerade in Richtung der von Herrn Professor Hoffmann-Riem angesprochenen Überlegungen zu Safe Harbor, TTIP, SWIFT und den Aktivitäten des GCHQ, also vor allen Dingen darauf hin: Muss nicht auch vonseiten der Bundesregierung darauf gedrängt werden, dass hier im Zweifel ein Vertragsverletzungsverfahren angestrengt wird gegen Dienste europäischer Länder, die offensichtlich an diesen Maßnahmen, die aufgedeckt wurden, beteiligt sind?

Mein zweiter Punkt knüpft an diesen anhaftenden Makel an. Eine der Grundthesen, die viele hier in diesem Gremium haben, ist, dass es eine

64) Richtigstellung des Sachverständigen: "angezeigt ist", siehe Anlage 1.



Form von Ringtausch gibt, eine Form von Datenaustausch, und dass sozusagen Dienste in anderen Ländern, wo sie nicht an die Verfassung gebunden sind, die Grundrechte systematisch verletzen und man nachher einfach diese Daten austauscht. Diesbezüglich will ich fragen, wie Sie das konkret beurteilen, dass auch die Bundesregierung in den vergangenen Monaten immer wieder gesagt hat, dass wir auf diese Informationen anderer Dienste angewiesen sind. Dürfen wir darauf angewiesen sein, und darf diese offensichtlich bestehende Praxis, dass man diese Informationen entgegennimmt, fortbestehen?

Ansonsten scheint es so zu sein, dass es bestimmte Abkommen gibt zwischen den Ländern im Hinblick auf geheimdienstliche Kooperation. Ich will Sie fragen zu diesen Drittstaatenabkommen, bei denen auch immer Geheimhaltung bezüglich der Dinge, die dort vereinbart werden, Teil der Vereinbarung ist: Kann ein solches Drittstaatenabkommen verfassungskonform sein, das letztlich darauf abzielt, so massenhaft anlasslose und gegen deutsche Grundrechte verstoßende Datenerfassungen auszutauschen? Und wenn das nicht verfassungskonform ist, wie sieht das im Hinblick auf solche Abkommen aus?

Was mich persönlich noch sehr interessiert, aber was so ein bisschen rechtlich vielleicht jetzt nicht direkt auf der Tagesordnung steht: Wie beurteilen Sie den Umstand, dass solche Abkommen gegebenenfalls geheim gehalten werden und auch diesem Ausschuss nicht vorgelegt werden sollen? Kann das eigentlich sein? Aber ich gebe zu: Das ist vielleicht eine Frage, mit der wir uns noch an anderer Stelle befassen sollten.

Ganz konkret an Herrn Professor Bäcker die Frage, auch im Hinblick auf das Gutachten, das Sie uns vorgelegt haben, noch einmal zugespitzt die Überlegung: Sind Ausländer, zum Beispiel Afghanen, vor dem BND rechtlich besser geschützt als Deutsche vor der NSA? Oder besteht da eine gewisse Synchronität der Probleme?

Zum Schluss eine sehr konkrete Frage, gerne an Sie alle, die 500-Millionen-Frage. Im Juli des letzten Jahres gab es ja eine große Aufregung über die unvorstellbare Menge von 500 Millionen Telekommunikationsdaten, die pro Monat aus Deutschland an die NSA geflossen seien. Mittlerweile hat die Bundesregierung zugegeben, dass es sich um Daten aus der Auslandsaufklärung des

Bundesnachrichtendienstes in Bad Aibling handelt, die im Rahmen der Kooperation mit dem US-Dienst weitergegeben werden. In einer Antwort auf eine Kleine Anfrage führt die Bundesregierung aus - ich zitiere -:

Diese Daten betreffen Aufklärungsziele und Kommunikationsvorgänge in Krisengebieten außerhalb Deutschlands und werden durch den BND im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgaben erhoben. Durch eine Reihe von Maßnahmen wird sichergestellt, dass dabei eventuell enthaltene personenbezogene Daten deutscher Staatsangehöriger nicht an die NSA übermittelt werden.

Das ist aus der Bundestagsdrucksache 17/14560 vom 14.08.2013.

Im *Spiegel* stand zu dieser ganzen Geschichte am 12.08.2013 eine Aussage. BND-Präsident Schindler wird mit einer Erklärung vor dem Parlamentarischen Kontrollgremium wiedergegeben - ich selbst war nicht da; deswegen kann ich das nur so wiedergeben, wie es im *Spiegel* steht -, nach der er vorgetragen habe, dass es sich dabei nicht nur um Verbindungsdaten handele, sondern auch um Inhaltsdaten von Telefongesprächen, E-Mails, SMS. Monatlich seien jeweils im Schnitt 3,2 Millionen Inhaltsdaten, die vom BND erfasst werden, an die NSA weitergegeben worden.

Angesichts dieses Sachverhalts und dieser 500-Millionen-Frage - so will ich sie einmal nennen - meine Frage vielleicht vorzugsweise an Herrn Professor Bäcker, aber auch an jeden, der immer sich dazu äußern möchte: Nach dem, was Sie hier heute vorgetragen haben, wie bewerten Sie dieses Vorgehen des BND rechtlich und verfassungsrechtlich? - Das wär's. Vielen Dank.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Das waren sieben Minuten und, wenn ich jetzt noch etwas länger rede, 50 Sekunden. Acht Minuten Fragezeit hat die Fraktion. Herr Kollege Ströbele, ich bin ein bisschen hin und her gerissen. Ich gönne Ihnen die verbleibenden zehn Sekunden auf jeden Fall, aber ich gönne Ihnen nicht weitere acht Minuten, Ihnen persönlich schon, aber nicht der Fraktion insgesamt, weil wir dann das Maß sprengen würden. Wenn Sie



Ihre Frage in einem kurzen Satz formulieren können, ist das aus meiner Sicht okay.

**Hans-Christian Ströbele** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Sie haben ja übereinstimmend die strategische Aufklärung oder Überwachung oder Beschränkung - so heißt das ja eigentlich - kritisiert und haben sie als verfassungswidrig dargestellt. Ihnen ist klar - und Sie haben das ja offenbar auch schon angedeutet -, dass Sie damit eine Tätigkeit des Bundesnachrichtendienstes, die in ungeheurem Umfang betrieben wird, für verfassungswidrig erklärt haben. Sie sind mit Ihrem Grundgedanken da in guter Gesellschaft. Der hat sich jetzt nicht zu dem deutschen verfassungswidrigen Verhalten geäußert, aber der US-Präsident Obama hat ja in mehreren Reden dazu auch erklärt, dass es nicht sein kann, dass Privacy und die unkontrollierte Kommunikation nur ein Recht der US-Amerikaner ist, sondern er hat gesagt, das ist eigentlich ein allgemeines Menschenrecht. Sie haben das ja auch vertreten.

Das heißt, muss man dann nicht, nicht nur in den USA, sondern auch in Europa, in anderen Staaten Europas und in Deutschland, völlig umdenken? Das ist ja an sich ein ungeheurer Vorwurf, den Sie erheben, den ich auch schon lange erhebe. Aber ich bin nun nicht so kompetent und wahrscheinlich auch nicht so anerkannt wie Sie. Deshalb müssen da ja ganz dringend Konsequenzen gezogen werden. Das passiert ja täglich. Während wir hier sitzen, arbeitet nicht nur die NSA weiter wie bisher, sondern auch der Bundesnachrichtendienst. Können Sie, vor allen Dingen Herr Professor Bäcker, dazu sagen, dass Sie auch diese Dimension mit berücksichtigt haben?

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ich darf bei Ihnen anfangen, Herr Professor Papier.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Ich möchte noch mal zu diesen Fragen des Datenaustausches Stellung nehmen. Es ist in der Tat so, dass der Datenaustausch mit ausländischen Diensten - ich hatte das vorhin schon ausgeführt -, die ihre personenbezogenen Daten weitgehend unter Methoden und in einer Art und Weise erlangen, die den hier immer wieder genannten Mindeststandards der deutschen und

unionsrechtlichen Grundrechte eindeutig nicht genügen, insoweit von Verfassungen wegen ausgeschlossen ist. Das wird auch nicht durch irgendwelche Abkommen geheilt. Dann sind die Abkommen eben auch unzulässig. Es leuchtet ja ohne Weiteres ein, dass diese Verfahrensweise dann nicht den Verfassungsverstoß zu heilen vermag. Drittstaatenabkommen usw. können da nicht helfen.

Es ist immer wieder hier darauf hingewiesen worden oder es sind Gesetzestexte zitiert worden, wonach die Dienste, auch die deutschen Dienste, die gesetzlichen<sup>65</sup> Aufgaben wahrnehmen oder folgende gesetzliche Aufgaben wahrnehmen können. Ich darf noch einmal daran erinnern. Das ist eine Zuschreibung von Aufgaben, aber es ist noch keine gesetzliche Ermächtigung, in Freiheitsrechte einzugreifen. Da wird man eben unterscheiden müssen: Sind das Grundrechte, die als Menschenrechte formuliert sind, die jedermann zustehen, bei denen also der persönliche Schutzbereich umfassend ist? Oder es gibt ja auch<sup>65</sup> Grundrechte, die nur den deutschen Staatsbürgern zustehen.

Aber die Grundrechte, um die es hier geht, die ja letztlich alle auch, wenn Sie so wollen, fußen oder basieren auf der zentralen grundrechtlichen Verbürgung, nämlich dem Schutz der Menschenwürde, das<sup>65</sup> sind Menschenrechte. Die stehen jedermann zu. Deshalb gibt es da keine Möglichkeit, zwischen Inländern und Ausländern zu unterscheiden.

Ich darf nur daran erinnern, weil vorhin auch die Überwachung der Kommunikationsverkehre im Ausland angesprochen worden ist und Sie, Herr Bäcker, glaube ich, gesagt haben, dass jedenfalls in der Praxis die deutschen Dienste davon ausgehen, dass sie hier frei sind, dass sie hier nicht grundrechtsgebunden sind, dass das natürlich real<sup>65</sup> tatsächlich nicht der Fall ist. Das haben wir ja oft genug gesagt. Ich möchte aber daran erinnern, dass unsere damalige Entscheidung zu dieser strategischen Überwachung einen Telekommunikationsverkehr betraf, der vom Bundesnachrichtendienst überwacht wurde, der in Uruguay stattfand - nur Auslandsbezug. Ich möchte nur darauf hinweisen. Das Bundesverfassungsgericht hat gesagt, das ist trotzdem an Artikel 10 zu

65) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 1.



messen, ein Telekommunikationsverkehr in Uruguay.

Es ist wirklich ziemlich klar, jedenfalls nach Auffassung auch des Bundesverfassungsgerichts und, wie ich meine, auch der überwiegenden Staatsrechtsliteratur, wo<sup>65</sup> ich das jetzt nun nicht nachgeprüft habe, aber jedenfalls nach unserer Auffassung hier, dass gleichwohl eine Grundrechtsbindung zu erfolgen hat<sup>65</sup>.

Gestatten Sie mir noch einen Hinweis auf die anderen Staaten der Europäischen Union, etwa die nachrichtendienstliche Tätigkeit von Behörden des Vereinigten Königreichs. Das Vereinigte Königreich ist Mitglied der Europäischen Menschenrechtskonvention und unterliegt den Vorgaben der Konvention. Einschlägig ist hier, wenn ich recht sehe, Artikel 8, Schutz der Privatsphäre, wozu auch das Telekommunikationsgeheimnis gehört. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat im Gegensatz zum Europäischen Gerichtshof der Union jetzt, wenn ich das richtig sehe, noch nicht so spezifische Anforderungen etwa in Bezug auf Erhebung, Speicherung und Verwendung von Telekommunikationsdaten entwickelt. Aber ich gehe davon aus - ich bin eigentlich fast sicher -, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zumindest ähnliche Maßstäbe aus dem Artikel 8 EMRK herleiten wird wie jetzt der Europäische Gerichtshof der Union zu Artikel 7 und 8 der Europäischen Grundrechtecharta und zuvor schon das Bundesverfassungsgericht zu Artikel 10 des Grundgesetzes. An diese Vorgaben<sup>66</sup> ist das Vereinigte Königreich gebunden.

Es liegen Individualbeschwerden vor aus Deutschland. Aber ich vermisse immer wieder, schon seit geraumer Zeit, auch die Bereitschaft und den Willen der Signatarstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention, von einer Möglichkeit im Extremfall Gebrauch zu machen, die ihnen die Konvention einräumt, nämlich einer Staatenbeschwerde. Ich glaube, es hat noch keinen Fall gegeben, jedenfalls aus Deutschland mit Sicherheit noch nicht. Es gibt nicht nur die Indivi-

dualbeschwerde, sondern auch die Staatenbeschwerde vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.

Ich bin mir jetzt nicht sicher, ob ich Ihre Fragen alle beantwortet habe, weil ich ja im Grunde hier als Letzter in<sup>67</sup> diesem Bereich geredet habe und möglicherweise doch eine Sache noch nicht aufgegriffen habe, die auch meine Vorredner noch nicht behandelt haben. Aber dann bitte ich wirklich um Nachfrage, Herr Vorsitzender.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. Die werden im Zweifel in den folgenden Runden kommen, wenn noch Themenbereiche unbeantwortet geblieben sind. Ganz herzlichen Dank trotzdem für die umfangreiche Beantwortung bis jetzt. - Herr Professor Hoffmann-Riem.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Herr von Notz, Sie haben ja eine Reihe von Fragen angesprochen, die ich auch tangiert hatte in meinen Einführungsaussagen. Dem habe ich eigentlich nicht viel hinzuzufügen. Wenn ich Safe Harbour erwähne, wenn ich SWIFT erwähne, wenn ich Freihandelszone erwähne, wenn ich Vertragsverletzungsverfahren erwähne - und<sup>68</sup> Staatenbeschwerde habe ich, glaube ich, auch erwähnt -, dann habe ich Stichworte benannt, die zunächst einmal nur einen Aha-Effekt auslösen können, weil wir ja nicht von Verfassungen wegen das erzwingen können, sondern hier sind politische Entscheidungen gefragt. Aber ein Parlament hat auch die Möglichkeit, sei es durch Entschliefungen - das ist natürlich auch ein<sup>69</sup> stumpfes Schwert, aber immerhin ist es ein politisches Schwert -, hier Druck zu machen. Aber ich denke, wir drei<sup>70</sup> sind uns einig, dass das nicht allein über Rechtsfragen und vor allem Gerichtsbarkeit gelöst werden kann.

Dann haben Sie als eines der vielen Dinge zum Beispiel die Frage des Ringtauschs angesprochen. Da muss ich eine grundsätzliche Bemerkung machen. Ich finde es glücklich, so wie ich jetzt diese

66) Ergänzung des Sachverständigen: "der EMRK", siehe Anlage 1.

67) vgl. Anmerkung Sachverständigen, siehe Anlage 1.

68) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 2.

69) Ergänzung des Sachverständigen: "relativ", siehe Anlage 2.

70) Ergänzung des Sachverständigen: "Sachverständigen", siehe Anlage 2.



Veranstaltung wahrnehme, dass Sie am Beginn Ihrer Recherchen sich einmal<sup>71</sup> einen Überblick über die großen Linien der Orientierung beim Recherchieren und eventuell beim Lösen von Problemen verschaffen. Aber jetzt Fragen zu beantworten zum Beispiel nach dem Ringtausch, setzt eigentlich voraus, dass Sie das aufgeklärt haben. Das ist ja ein Teil Ihrer Aufträge. Ich denke, es wäre, für mich jedenfalls, etwas leichtfertig, jetzt gewissermaßen abstrakt zu solchen Fragen Stellung zu nehmen, sondern ich würde gerne mehr darüber wissen.

Wie ich auch haben auch Sie alle vermutlich schon mehrfach versucht - jedenfalls die Bundestagsdrucksachen, die ich dazu gelesen habe, sind da unergiebig -, etwas mehr darüber zu wissen, welche Erfolge denn die Aufklärungsarbeiten gebracht haben. Die Sätze, die Sie dazu finden, jedenfalls die, die ich gelesen habe, sind erschütternd dürftig. Ich kann mir natürlich einerseits erklären, warum sie dürftig sind; aber es könnte ja auch sein, dass es gar nicht so viel zu berichten gibt.

Das kenne ich auch in anderen Zusammenhängen, im<sup>72</sup> Zusammenhang mit Maßnahmen aus dem vorigen Jahrhundert und auch von Anfang dieses Jahrhunderts, wenn man Fragen stellte zum Beispiel nach der Leistung des Großen Lauschangriffs und Ähnlichem. Als ich selbst Senator in Hamburg war, habe ich den Hamburger Innensensor gefragt, ob er mir mal etwas Material geben könne, um zu sehen, was die damals schon möglichen Überwachungsmaßnahmen bringen würden. Er war sofort bereit und sagte, das tue er, und dann bekam ich ein Papier, in dem keine wirklich greifbaren Informationen waren.

Ich denke, es wäre schön, wenn man - und sei es auch nur für die Vergangenheit; es muss ja nicht ein aktueller Prozess in eine Gefährdung gebracht werden - etwas mehr darüber erfahren würde, welche Eignung diese Maßnahmen zur Erreichung der betreffenden Ziele haben. Dann fällt es sehr viel leichter, auch darüber etwas zu sagen, ob es Rechtspflichten gibt, das durchzuführen.

Insofern fällt es mir sehr schwer, etwas über die konkreten Dinge zu sagen. Zum Beispiel bei der 500-Millionen-Frage wird mir immer gesagt,

das war eine Ente des *Spiegel*, das stimmt nicht. Ich weiß es nicht. Vielleicht gelingt es Ihnen, das besser aufzuklären. Wenn Sie aufgeklärt haben und den Wunsch haben, dass wir uns dann der Sache noch mal annehmen, werden wir uns dem nicht prinzipiell verweigern. Aber zunächst müssten eigentlich Fakten heran, bevor eine solche nähere Untersuchung stattfindet.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Herr Professor Bäcker.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Ich glaube tatsächlich<sup>73</sup>, dass Herr Hoffmann-Riem da auf einen wichtigen Punkt hingewiesen hat, nämlich auf den, dass mit diesem Themenkomplex Ringtausch usw. tatsächlich wahrscheinlich relativ intrikate Probleme verbunden sind, dass sich da die Rechtslage auch sehr unterschiedlich darstellen kann, je nachdem, was genau passiert. Es macht möglicherweise einen Unterschied, ob tatsächlich ein Abkommen besteht dergestalt, dass sozusagen Gegenseitigkeit vereinbart wird: Wir erheben in den USA, die Amerikaner erheben bei uns alles das, was jeweils in der Heimatrechtsordnung unzulässig ist, und das wird dann übergereicht. - Das wäre sozusagen der eine krasse Fall.

Der andere, denkbar harmloseste Fall wäre, dass eben gelegentlich nachrichtendienstliche Erkenntnisse übermittelt werden, weil einzelne Gefährdungssachverhalte aufgetreten sind, was ja dann tatsächlich so<sup>73</sup> dem Leitbild klassischen nachrichtendienstlichen Informationsaustausches entsprechen würde.

Von daher glaube ich, dass man mit sehr vielen Hypothesen arbeiten müsste und dann auch eine sehr, sehr lange Stellungnahme abgeben müsste, um diese Frage abschließend zu beantworten. Ich glaube, in dem Zusammenhang kann man eines allerdings schon sagen: Diese ganze Ringtauschgeschichte und auch die 500 Millionen Daten und all das beruhen ja, jedenfalls nach dem, was ich gelesen habe, wenn überhaupt auf dieser<sup>74</sup> Auslandsaufklärung. Die ist sozusagen, wenn ich das richtig verstehe, der Hebel. Das lässt sich auch nachvollziehen insoweit, als man einiges erfahren kann über Datenübermittlungen von Daten, die

71) Richtigstellung des Sachverständigen: "durch diese Anhörung", siehe Anlage 2.

72) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 2.

73) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 3.

74) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 3.



nach dem G-10-Gesetz gewonnen worden sind. Wenn da Datenübermittlungen stattfinden, dann wird das Parlamentarische Kontrollgremium informiert, und das schreibt ja einen jährlichen Bericht. Da ist es nun so: Daten aus Beschränkungen in Einzelfällen dürfen nach zutreffender Rechtsauffassung gar nicht ins Ausland übermittelt werden. Zu meinem großen Erstaunen habe ich gelesen, dass das anscheinend die Bundesregierung anders sieht. Das scheint mir aber einfach nicht richtig zu sein.

Daten aus strategischen Beschränkungen dürfen ins Ausland übermittelt werden, aber nur unter sehr hohen Anforderungen. Wenn man sich da die Berichte des Parlamentarischen Kontrollgremiums anschaut, dann ist das nur sehr, sehr selten bisher geschehen, ich glaube, überhaupt das erste Mal drei Jahre nach Inkrafttreten dieser Regelung im Jahr 2012, und da ist es auch nur zu drei Übermittlungen gekommen.

Das heißt, das kann es nicht sein. Wenn wir hier von irgendetwas Interessantem reden, dann muss sich das eigentlich im Bereich Auslandsaufklärung abspielen. Da ist es ja einfach. Da die ganze Auslandsaufklärung in der Form, wie sie im Moment erfolgt, schlicht rechtswidrig ist, kriegen Sie das Problem einfach dadurch erledigt, dass das mal klargestellt wird. Wenn der BND das macht und wenn die Bundesregierung das deckt, dann können Sie das als Gesetzgeber ja zwanglos klarstellen, dass es rechtswidrig ist.

Das führt mich zu Ihrer Frage, Sie wollten ja gerne diese Zuspitzung hören: Sind Ausländer vor dem Bundesnachrichtendienst besser geschützt als Deutsche vor der NSA? Wenn der BND sich an die Verfassung hält, ja. Wenn man der Rechtsauffassung der Bundesregierung folgt, nein.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Wir kommen jetzt zu den Fragen der Fraktion der CDU/CSU. Die Fraktion der CDU/CSU hat 27 Minuten Zeit, Fragen zu stellen. Von daher macht es sicherlich auch an dieser Stelle Sinn, sich die eine oder andere Notiz zu machen. Ich hoffe, Sie sind ausreichend mit einer kleinen Stärkung versorgt. Es kann natürlich nicht so sein, dass Sie die ganze Zeit Rede und Antwort stehen und wir alle die Möglichkeit haben, uns zu stärken, und Sie nicht. Ich hoffe, das ist alles ausreichend bei Ihnen angekommen.

Ich darf jetzt die Fraktion CDU/CSU um das Wort bitten. Ich glaube, Herr Kollege Kiesewetter fängt an.

**Roderich Kiesewetter (CDU/CSU):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender. - Meine sehr verehrten Herren Sachverständige, keine Sorge, es ist sicherlich ein guter Akt des Vorsitzenden, dass er uns 27 Minuten einräumt, aber die Kolleginnen und Kollegen haben schon so viele auch sehr intensive Fragen gestellt, dass wir die Zeit nicht ganz ausschöpfen werden.

Zunächst einmal danke ich Ihnen sehr, dass Sie in dieser breiten Übereinstimmung uns Sachverhalte geschildert haben. Es ist für uns ganz entscheidend, dass sich daraus ein erheblicher Prüfungsaufwand ergibt, für uns im Ausschuss, und daraus möglicherweise auch der eine oder andere intensivere Entscheidungsbedarf. Ich nehme das hier mit zur Situationsfeststellung.

Ich halte an der Stelle aber auch fest, dass die Fokussierung auf einen einzigen Zeugen allein durch die Aussagen, die Sie getroffen haben, sich als eine verfrühte Festlegung bezeichnen lässt. Es ist für uns als Union absolut wichtig, dass wir sehr breit aufklären. Ihre Vorträge haben einen wesentlichen Beitrag dafür geleistet, dass wir nicht nur geschärft, sondern auch mit weitergehenden Fragen in die weiteren Untersuchungen gehen.

Ich möchte zuallererst Ihnen danken und ein Thema aufgreifen, was Herr Professor Hoffmann-Riem ansprach zum Thema politische Bewertung mit Blick auf die Einbindung des Rechts. Hierzu zunächst eine Frage an Sie, Herr Professor Bäcker, konkret zu dem, was Sie gesagt haben mit Blick auf Auslandsaufklärung des BND. Ich will das Beispiel Afghanistan gerne aufgreifen. Ich würde mich aber freuen, wenn Ihre beiden Kollegen dazu auch Stellung nehmen.

Wir als Bundestag verabschieden einmal im Jahr Mandatsverlängerungen oder aber sind aufgerufen, Mandate zu beraten und möglicherweise anzunehmen oder abzulehnen. Für uns ist es von allergrößter Wichtigkeit, wenn wir Soldaten in bewaffnete Auslandseinsätze entsenden, dass sie in einem geschützten Umfeld handeln können im Auftrag der Bundesrepublik Deutschland. Dazu gehört natürlich, dass vor solch einem Einsatz und während eines solchen Einsatzes das Umfeld aufzuklären ist. Nun sagten Sie, Herr Professor Bäcker, dass offensichtlich es unzulässig ist, wegen



einer mangelhaften Auslegung oder eines inhaltlichen Mangels des BND-Gesetzes, dass zum Beispiel Kommunikationsverkehr unter Afghanen abgehört wird.

Ich will das ausweiten. Wir haben in schwierigem Umfeld in Afrika deutsche Soldaten. Wir hatten auf dem Balkan lange sehr aufwendige Missionen und haben auch heute noch die KFOR-Mission. All diese Operationen waren zum Teil auch nur deshalb erfolgreich, weil intensive Aufklärung betrieben werden konnte. Ich spreche hier aus mehrjähriger eigener Erfahrung.

Ich halte es deshalb für entscheidend, dass Sie das, was Sie gesagt haben, nicht nur so im Raum stehen lassen, sondern verknüpfen mit einem Rat an uns als Gesetzgeber, wie wir möglicherweise oder wo wir möglicherweise Anpassungsbedarf haben. Denn in letzter Konsequenz würde das ja bedeuten, dass wir es als Bundestag nicht verantworten könnten, wenn keine Aufklärung zulässig wäre, Soldaten in entsprechend schwierige Einsatzgebiete zu entsenden. Da bitte ich Sie und auch die beiden Kollegen um eine Stellungnahme, wie Sie das bewerten und wo Sie da Handlungsbedarf sehen, sodass wir auch als Bundestag bei den anstehenden Mandatsverlängerungen hier durchaus im gesicherten Raum handeln.

Die anderen Fragen, die ich habe, richten sich vorrangig an Herrn Professor Papier; ich stelle aber den anderen Kollegen frei, sich dazu zu äußern. Zunächst zu den Schutzpflichten des Staates mit Blick auf die Telekommunikations- und Internetfirmen. Hier gab es ja Vorstöße aus dem Kabinett, nicht nur in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung*. Es gab konkret Hinweise zu Google und Schritte mit rechtlichen Änderungen, insbesondere die Vorschläge von Bundesminister Gabriel. Er hat gefordert, kartellrechtliche Regelungen oder eine Entflechtung dieser Unternehmen zu überprüfen. Ist das grundsätzlich in Europa rechtlich durchsetzbar? Was müssten dort für Initiativen gestartet werden? Wie sehen Sie das mit Blick auf unsere Nachbarn?

Der dritte Punkt, den ich ansprechen möchte, betrifft die Schutzpflichten des Staates mit Blick auf die Tätigkeit ausländischer Nachrichtendienste. In Ihrem Gutachten schlagen Sie für das Ausspähen und Abfangen von Daten den Übergang vom Tatortprinzip zum Schutzprinzip im Strafrecht vor. Ich halte das für einen sehr interes-

santen Ansatz. Damit wäre auch der illegale Zugriff auf deutsche Daten in Deutschland auch dann strafbar, wenn er nicht in Deutschland begangen würde. Das leuchtet mir ein, auch wie Sie das abgeleitet haben. Wie wäre das denn praktisch umsetzbar? Was müsste geschehen, um vom Tatortprinzip auf das Schutzprinzip umzustellen?

Dann möchte ich an Sie eine Frage richten, die die Aufklärung von illegalen Datenzugriffen betrifft. Die Aufklärung von illegalen Datenzugriffen oder auch von Cyberangriffen ist nicht nur nach meiner Auffassung, sondern auch nach Auffassung vieler ausgewiesener Fachleute ohne Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel nicht leistbar. Ist das nicht ein innerer Widerspruch, gleichzeitig wirksameren staatlichen Schutz vor illegalen Datenzugriffen und eine Einschränkung der Befugnisse der Nachrichtendienste zu fordern? Ich glaube, ein Open-Source-Nachrichtendienst kann das nicht leisten, was da erforderlich wäre. Wie können Sie diesen offensichtlichen Widerspruch auflösen?

Zum Thema des G-10-Gesetzes würde mich schon noch mal, Herr Professor Papier, Ihre Einschätzung des G-10-Gesetzes interessieren, insbesondere die Aussage von Professor Dr. Bäcker; denn das G-10-Gesetz scheint mir doch vom Bundesverfassungsgericht umfassend überprüft. Wenn eine neue Sachlage hier tatsächlich ersichtlich ist, wie das aus Ihren drei Stellungnahmen hervorgeht, wie müssen wir das dann bewerten? Müsste nicht auch das Bundesverfassungsgericht dann eine neue Bewertung vornehmen? Oder ist hier der Gesetzgeber gefordert, das G-10-Gesetz entsprechend zu überarbeiten? - Herzlichen Dank.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Gibt es weitere Fragen aus der Union? - Das sehe ich aus den Reihen hier nicht. Dann möchte ich eine Frage anschließen.

Ich habe zumindest von Ihnen, Herr Professor Papier, den Eindruck bei dem Statement, dass Sie die Meinung vertreten, wenn im Ausland gewonnene Erkenntnisse nach deutschem Recht nicht rechtmäßig erworben sind, entweder durch Ermittlungsmaßnahmen, die nach deutschem einfachgesetzlichen Recht oder dem deutschen Grundgesetz nicht rechtmäßig sind, oder durch Maßnahmen, die nicht rechtmäßig sind, dass sie dann auch hier von nationalen Behörden nicht genutzt werden können.





Jetzt stelle ich mir folgende Situation vor: Ein arabischer Nachrichtendienst hat die Erkenntnis, dass eine Bombe in einem lokalen S-Bahn-Zug in Berlin ist. Dieser arabische Nachrichtendienst, von dem wir möglicherweise nicht sicherstellen können, dass alle Maßnahmen demokratisch abgesichert und nach deutschem Gesetz erfolgt sind, möchte diese Information deutschen Behörden zur Verfügung stellen. Würden Sie sagen: „Nein, wir möchten das nicht wissen, wir lassen die S-Bahn durch Berlin fahren, diese Erkenntnis verschließt sich uns“, oder würden Sie diese Erkenntnis nehmen mit der Gefahr, dass sie nicht nach deutschem Recht und Gesetz erworben worden ist?

Wir müssen es ja mal konkret machen. Das war ja alles sehr akademisch. Nehmen wir Erkenntnisse von ausländischen Diensten nicht an, weil sie nicht entsprechend deutschen Gesetzen erworben worden sind, oder nehmen wir sie doch an? Das würde ich gern von allen drei Sachverständigen bewertet haben. Der Fall, den ich geschildert habe, ist übrigens sehr konkret.

Zweite Frage - es geht in Richtung Güterabwägung -: Sind Sie meiner Meinung, dass wir bei allen Grundrechten auch Grundrechte gegeneinander abwägen, sprich: zum Beispiel das Recht auf informationelle Selbstbestimmung - IT-Grundrecht - auch gegenüber Freiheits- und Sicherheitsrechten, der Gewährleistung, in Freiheit leben zu können, sicher leben zu können? Stehen diese Grundrechte sowohl schrankenlos als auch abwägungslos nebeneinander, oder ist auch hier vom Staat eine Abwägung vorzunehmen, wo möglicherweise dann auf der einen Seite das Sicherheitsbedürfnis - die Anforderungen, auch vom Staat die Sicherheit gewährleistet zu bekommen - in einen Abwägungsprozess, zum Beispiel mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung oder Gewährleistung integrierter Informationssysteme, gestellt werden muss? - Das wären meine ergänzenden Fragen erst mal in dieser Runde, weil sie sich eben auch aus Ihren Statements ergeben haben. Ich probiere es jetzt etwas konkreter, packbar zu machen.

Ich glaube, jetzt wäre, wenn ich das richtig sehe, Herr Professor Bäcker als erster Sachverständiger an der Reihe. Ich darf Ihnen das Wort geben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Tatsächlich bin ich Ihnen ganz dankbar für Ihre Fragen, weil es mir jetzt auch unlieb wäre, wenn da irgendwelche Missverständnisse aufkämen. Mein Punkt ist nicht, dass die Auslandsaufklärung durch den Bundesnachrichtendienst generell unzulässig wäre, also materiell<sup>75</sup>, verfassungsrechtlich. Mein Punkt ist auch nicht, dass nachrichtendienstliche Mittel jetzt generell nicht mehr eingesetzt werden sollen, dass wir die Nachrichtendienste abschaffen sollen oder sonst irgendwas<sup>75</sup>. Wenn überhaupt, ist das eine Frage, die rechtspolitisch zu entscheiden ist, aber keine Frage, die jetzt<sup>75</sup> verfassungsrechtlich in der Weise vorgegeben wäre, dass wir alles dichtmachen müssen. Das ist überhaupt nicht der Punkt.

Aber die Auslandsaufklärung in einem rechtsfreien Raum zu belassen, wie das offensichtlich derzeitigen Gepflogenheiten entspricht, ist sicherlich keine Antwort auf Ihre Frage, sondern wenn Sie eine rechtsstaatliche Auslandsaufklärung wollen, dann in Gottes Namen regeln Sie die, und überlegen Sie sich dann, was für Grenzen Sie der zu setzen haben.

Meinetwegen überlegen Sie sich auch, ob bei der Auslandsaufklärung in bestimmten Punkten aufgrund von Besonderheiten der ausländischen Verhältnisse Maßnahmen ermöglicht werden, die es im Inland so nicht gibt. Das halte ich nicht für generell ausgeschlossen. Aber es bedarf eben hier einer Entscheidung des Gesetzgebers, der dann auch dafür einzustehen hat, was er da ermöglicht hat, und der ja auch eine öffentliche Diskussion darüber ermöglichen muss, was wir denn den Nachrichtendiensten im Ausland einräumen möchten und was nicht.

Das, glaube ich, Herr Sensburg, beantwortet auch einen Teil Ihrer Frage, nämlich insoweit, als dass eben jetzt<sup>75</sup> natürlich da eine Güterabwägung angestellt werden muss und selbstverständlich auch Maßnahmen der Auslandsaufklärung nach Maßgabe einer solchen Güterabwägung in verfassungskonformer Weise geregelt werden können - allerdings nicht die völlig anlasslose, möglichst großflächige Bevorratung von Daten in der Hoffnung, dass es irgendwas bringen wird, und eben auch nicht eine Beschränkung der nachrichtendienstlichen Tätigkeit im Wesentlichen über das Budget und nicht über das Recht.

75) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 3.



Was die Frage angeht, ob wir das G-10-Gesetz völlig neu bewerten müssen: Ich glaube in der Tat, dass eine solche Neubewertung angezeigt ist, erstens aufgrund der veränderten Rechtslage. Das G-10-Gesetz, das das Bundesverfassungsgericht zu beurteilen hatte, ist eben nicht identisch mit dem heutigen Regelungswerk, sondern es ist seitdem, glaube ich, 17-mal geändert worden. Es hat da durchaus nennenswerte Ausweitungen erfahren. Im Übrigen haben sich eben die technischen Rahmenbedingungen geändert, und da kann sich auch das Verfassungsrecht nicht völlig blind stellen.

Was jetzt die letzte Frage von Herrn Sensburg, nach der Verwertbarkeit ausländischer Erkenntnisse, angeht: Ich glaube, dass wir da tatsächlich ein Stück weit Neuland - ein sehr modisches Wort im politischen Raum - betreten, als dass die Grenzen einer solchen Verwertbarkeit bisher nur sehr unvollkommen ausgelotet worden sind. Die Frage: „Inwieweit ist es denkbar und kann es verfassungsgemäß sein, dass ein deutscher Nachrichtendienst Daten entgegennimmt, die unter Bedingungen erhoben worden sind, unter denen dieser Nachrichtendienst nach seinem eigenen Fachrecht solche Daten nicht gewinnen dürfte und auch von Verfassungen wegen nicht gewinnen dürfte?“, ist bisher weitgehend ungeklärt.

Ich vermute, dass viel dafür spricht, hier Unterscheidungen einzuziehen. Es macht einen Unterschied, ob der deutsche Nachrichtendienst selber diese Übermittlung veranlasst hat oder ob es sich gar um eine Übermittlung im Rahmen eines fortlaufenden Informationsringtauschs handelt. Das ist eine andere Situation, als wenn es sich um die von Ihnen jetzt genannte Fallkonstellation sozusagen<sup>75</sup> der Spontanübermittlung durch einen gelegentlich kooperierenden ausländischen Nachrichtendienst handelt. Auch hier wird man weiter differenzieren müssen: Worin genau besteht jetzt<sup>76</sup> das Problem aus Sicht des deutschen Rechts bei der Datenerhebung durch die ausländische Stelle? - Ich kann mir zum Beispiel ohne Weiteres vorstellen, dass eine ausländische Rechtsordnung den Gesetzesvorbehalt nicht mit der vollen Strenge durchzieht, wie wir das in Deutschland tun, wo wir ja eigentlich<sup>76</sup> für jede Eingriffsmaßnahme eine formell-gesetzliche Grundlage verlangen. Wenn jetzt eine ausländische Rechtsordnung

diese Forderungen so nicht kennt, dafür aber sehr starke exekutive Schutzmechanismen vorsieht, die eben doch gewährleisten, dass eine Vorfestlegung erfolgt, die gleichzeitig auch zu Begrenzungen von Datenerhebungen führt, dann ist eine solche Datenübermittlung sicherlich grundrechtlich sehr viel weniger problematisch als wenn es jetzt<sup>76</sup> um Daten geht, die zum Beispiel durch Folter erlangt worden sind.

Ich glaube also, dass man da mit solchen Unterscheidungen arbeiten muss und dass man auch das in Gesetzesform zu gießen versuchen muss; denn wir haben nun mal den Gesetzesvorbehalt, sicherlich auch für die Weiterverarbeitung von solchen übermittelten Daten. Da liegt auch viel Arbeit vor Ihnen; denn im Moment haben wir dazu eigentlich nichts.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Herr Professor Hoffmann-Riem bitte.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Ich bemühe mich, zu einigen Fragen jedenfalls etwas zu sagen. Zu der Problematik Afghanistan habe ich in meiner schriftlichen Ausarbeitung etwas gesagt, was mehr differenziert<sup>77</sup> als bisher diskutiert worden ist. Ich hoffe, dass meine damalige Rechtseinschätzung in der schriftlichen Ausarbeitung richtig ist. Deswegen darf ich sie noch mal vorlesen, weil das möglicherweise klarmacht, dass es nicht so ganz grob nur<sup>77</sup> beurteilt werden kann.

Nach meinen Recherchen entspricht es dem Zusatzabkommen zum NATO-Vertrag, dass Daten erhoben werden - unter bestimmten Voraussetzungen<sup>78</sup> auch bei gemeinsamen Truppeneinsätzen etwa wie in Afghanistan - mit dem Ziel, ein Bild über die Lage in bestimmten Gegenden der militärischen Einsatzgebiete zu erstellen. Solche Ermächtigungen aber sind begrenzt. So erlauben sie nicht die pauschale Übermittlung von (Roh-)Daten, auch nicht von Daten, bei denen der Bezug auf die tatbestandlichen Voraussetzungen der Datenübermittlung noch gar nicht festgestellt worden ist oder bei denen der Zweck ihrer Auswertung die Weitergabe nicht rechtfertigt. Die Rechtsbindungen der Weitergabe entfallen für den BND,

76) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 3.

77) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 2.

78) Ergänzung des Sachverständigen: "wohl!", siehe Anlage 2.



der ohnehin nur Auslandsaufklärung betreiben darf, auch nicht etwa dann, wenn keine Daten deutscher Staatsbürger betroffen sind. Und so weiter. - Das ist unser Thema.

Ich denke, dass es hier - ich hoffe, ich habe die Rechtslage richtig gedeutet - durchaus eine differenzierende Schutzkonzeption gibt, die Sie nicht in Bezug genommen haben, sondern Sie haben es als prinzipielles Problem behandelt.

Zu der Problematik des G-10-Gesetzes teile ich die Auffassung von Herrn Bäcker, dass ein Bedarf der Überarbeitung besteht. Das ist in der Tat zunächst eine Aufgabe des Gesetzgebers. Wenn die Mehrheit des Bundestages dazu nicht bereit ist, dann hat ein Viertel der Mitglieder des Bundestages die Möglichkeit, eine abstrakte Normenkontrolle an das Bundesverfassungsgericht zu bringen; dann könnte man natürlich eine solche Überprüfung durchführen lassen. Besser ist es, wenn es aus der politischen Ebene heraus eine Anpassung gibt.

Der Fall mit der Bombe und der Berliner S-Bahn - oder wo auch immer sie eventuell explodieren könnte - ist deshalb so schwer zu beurteilen, weil man eigentlich Details wissen müsste. Man kann das nicht so ganz generell sagen; aber es gibt natürlich in der Rechtsordnung auch die Problematik, dass bei der Erlangung von Daten unter Umständen, die nicht der Rechtsordnung entsprechen, trotzdem differenzierend<sup>79</sup> geklärt wird, ob es ein Verwertungsverbot gibt oder nicht. Ich denke, dass man diesen Gedanken des Verwertungsverbots auch jetzt unter Abwägung von Gefahren für Leib und Leben - - und wenn die Gefahrkonstellation so eindeutig ist, dass eine solche Gefahr besteht, dass man sie so auch lösen kann<sup>80</sup>. Allerdings darf das dann nicht so verstanden werden, dass jedwede Übermittlung, die aus einem anderen Staat kommt, sofort in die eigene Verarbeitung hineingeht<sup>81</sup>.

Meine letzte Anmerkung reagiert auf die Frage des Vorsitzenden über das Verhältnis von Freiheit

und Sicherheit. Das haben wir hier in der Tat nicht ausdrücklich thematisiert. Aber ich lege sehr großen Wert auf die Feststellung, dass ich persönlich, aber auch meine Kollegen hier und auch das Bundesverfassungsgericht in all den Entscheidungen, in denen es um Konflikte zwischen Freiheit und Sicherheit ging, niemals den Freiheitsschutz absolut gesetzt haben, sondern wir haben praktisch immer - und auch in der Zeit nach meinem Ausscheiden ist das so weitergegangen - die Anliegen<sup>82</sup> des Gesetzgebers im Prinzip akzeptiert, aber rechtsstaatliche Grenzen, Bestimmtheitsanforderungen, verfahrensrechtliche Sicherungen und dergleichen gefordert. Denn natürlich kann ein Staat, der keine Sicherheit gewähren kann, auch keine Freiheit für die Bürger sichern. Umgekehrt kann es nicht sein, dass im Interesse der Sicherheit Freiheit nicht mehr sein kann. Es geht also um eine sehr subtile Justierung. Ich denke, dass das Bundesverfassungsgericht bewiesen hat, dass es möglich ist, diese Justierung vorzunehmen. Aber mir<sup>83</sup> ist sehr lieb, dass ich dazu noch mal etwas sagen durfte.

Wir haben jetzt hier<sup>83</sup> die eine Dimension angesprochen; aber natürlich ist die andere auch im Raum. Selbstverständlich müssen hier Abwägungen stattfinden; aber die<sup>84</sup> Abwägungen brauchen eben<sup>83</sup> auch konkrete Anhaltspunkte. Nicht nur eine abstrakte Abwägung ist gefordert, sondern auch eine, die die konkreten Gefährdungslagen für die eine oder die andere Seite mit in Rechnung stellt und dann hoffentlich zu einer<sup>85</sup> Lösung kommt, die Konrad Hesse Optimierung nennen würde, das heißt einer Lösung, bei der die verschiedenen Schutzgüter so weit wie irgend möglich geschützt werden, und damit eine Gesamtkomposition im Sinne der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen differierenden Rechtsgütern geschaffen wird. - Danke.

79) Ergänzung des Sachverständigen: "nach Rechtsgebieten", siehe Anlage 2.

80) Richtigstellung des Sachverständigen: "Ich denke, dass man diesen Gedanken des Verwertungsverbots auch unter Abwägung mit Gefahren für Leib und Leben prüfen muss. Wenn die Gefahrkonstellation so eindeutig ist, dass eine solche Gefahr besteht, scheidet eine Verwertung nicht notwendig aus.", siehe Anlage 2.

81) Richtigstellung des Sachverständigen: "hineingehen darf", siehe Anlage 2.

82) Richtigstellung des Sachverständigen: "Sicherheitsanliegen", siehe Anlage 2.

83) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 2.

84) Richtigstellung des Sachverständigen: "für", siehe Anlage 2.

85) Ergänzung des Sachverständigen: "angemessenen", siehe Anlage 2.



**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank, Herr Professor Hoffmann-Riem. - Herr Professor Papier.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Dann will ich gleich mit diesem Punkt beginnen, mit der Frage der angemessenen Balance zwischen Freiheit und Sicherheit. Ich meine, sagen zu dürfen, dass in meiner zwölfjährigen Tätigkeit als Vorsitzender des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts diese Frage der angemessenen Balancierung - der Ausgewogenheit von Freiheitsrechten einerseits und Sicherheit andererseits - eine ganz zentrale Rolle gespielt hat. Es ist ja nun wirklich nicht so, dass das Bundesverfassungsgericht reihenweise Sicherheitsgesetze gekippt hat. Was in aller Regel oder vielfach der Fall war in den zwölf Jahren, in denen ich im Ersten Senat wirkte, war, dass man die Zielsetzung des Gesetzes durchaus anerkannte, die Zweckrichtung, nämlich entweder die Strafverfolgung oder die Gefahrenabwehr, ja auch die Aufgabenwahrnehmung durch die Nachrichtendienste zu effektuieren, dass man das durchaus als legitimes Gemeinwohlanliegen erachtet hat.

Wenn Sicherheitsgesetze in Karlsruhe scheiterten, dann war das in aller Regel deswegen, weil die Eingriffsnormen viel zu weit geraten waren, dass sie über das Ziel hinausschossen, dass sie einerseits zu unbestimmt waren, aber wegen dieser Unbestimmtheit eben auch unverhältnismäßig waren. Das war bei der Entscheidung zu der Onlinedurchsuchung so, das war letztlich auch bei der Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung so. Da ist das sicherheitsrechtliche Instrument als solches gar nicht verworfen worden, sondern die konkrete Ausgestaltung war als gegen das Übermaßverbot verstoßend erachtet worden.

Es kommt ein Zweites hinzu: Das Gericht hat allerdings auch gesagt - und dazu stehe ich nach wie vor -, dass die Freiheitsrechte nicht nur geschützt werden durch das Übermaßverbot, das immer eine Abwägung mit den gegenläufigen Belangen verlangt - insbesondere den Belangen der Sicherheitsgewährleistung -, sondern dass jedes Freiheitsgrundrecht auch einen Kernbestand der privaten Lebensgestaltung garantiert, und zwar gewissermaßen als Menschenwürdekern des Freiheitsrechts. Das ist beim Großen Lauschangriff

erstmal so in dieser Form entwickelt worden, bei der Onlinedurchsuchung und überhaupt bei der Telekommunikationsüberwachung dann fortgeschrieben worden und letztlich auch in der Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung, wenn ich mich recht erinnere, noch mal thematisiert worden - wenn auch nicht so in vergleichbarer Form; es ging ja um die Verkehrsdaten und gar nicht um die Inhalte, sodass ein Eingriff in den Kernbestand privater Lebensgestaltung da eigentlich fernliegt. Aber bei den Entscheidungen zur Telekommunikationsüberwachung allgemein ist auch dieses Thema immer wieder gehandhabt worden.

Es gibt also zwei Schranken, die in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf das Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit eine Rolle spielen: einmal der abwägungsoffene<sup>86</sup> Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Er bietet einen, wenn Sie so wollen, relativen Schutz, ein Übermaßverbot. Gewichtige öffentliche Belange können durchaus auch schwerwiegende Grundrechtseingriffe legitimieren. Eine zweite Schranke - die gilt allerdings nun absolut und die ist abwägungsfest - ist der Menschenwürdekern der Freiheitsrechte, also der Schutz des Kernbestandes privater Lebensgestaltung. - Das noch mal zur Klarstellung.

Ich gebe Ihnen recht: Das ist bisher in unseren Äußerungen nicht thematisiert worden, weil es in Bezug auf die spezielle Fragestellung jetzt aber auch nicht das Thema war.

Dann zu den BND-Aktivitäten im Ausland. Wir haben ja nun gesetzliche Regelungen. Weil Sie auch das Thema ansprachen „Gefährdung der Streitkräfte, etwa in Afghanistan“: Muss da der BND praktisch seine Räume dichtmachen und seine Aktivitäten einstellen, weil das gesetz- oder gar grundrechtswidrig ist? - Ich darf nur daran erinnern: Nach § 3 des G-10-Gesetzes können Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses durchaus vorgenommen werden, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen, dass jemand - dann gibt es eine ganze Reihe von Taten, unter anderem Straftaten nach § 212 - Mord und Totschlag begehen könnte. Die Befugnisse sind also da.

Daneben gibt es noch die strategische Überwachung nach § 5. Das Bundesverfassungsgericht hat damals die strategische Überwachung noch gehal-

86) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 1.



ten und hat gewisse Einschränkungen vorgenommen, hat damals aber in der Tat, wenn ich mich recht erinnere, gesagt: Es ist im Grunde hier nur ein ganz begrenzter Verwendungszweck in Betracht zu ziehen. - Es ist auch in Anbetracht der Gefährdungslagen, die diese strategische Überwachung abwenden soll, durchaus gerechtfertigt, solche strategische Überwachung vorzunehmen, die ja auch dann letztlich nur einen Teilbereich der Telekommunikation erfassen kann.

Wenn Herr Bäcker jetzt sagte<sup>86</sup>: „Das hat sich jetzt alles vom Tatsächlichen her verändert“, dann wird man prüfen müssen, ob diese Ermächtigung des § 5 G-10-Gesetz diese ganzen Aktivitäten noch trägt; aber das wird dann im Grunde gegebenenfalls in einem Normenkontrollverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zu klären sein. Ich kann jetzt nicht beurteilen, inwieweit die tatsächliche Lage, der tatsächliche Aufgabenkreis des BND sich so entscheidend verändert hat im Verhältnis zu der Lage, die uns damals veranlasste, diese strategische Überwachung grundsätzlich - grundsätzlich - zu legitimieren. Wir haben ja bestimmte Erhebungszwecke ausgeschlossen. Es war damals unter anderem auch die Bekämpfung der Geldfälschungen im Ausland als Zweck des Eingriffs vorgesehen. Da hat das Bundesverfassungsgericht gesagt: Das ist gewissermaßen nicht so gewichtig, vergleichbar etwa der Terrorismusbekämpfung, dass es solche schwerwiegenden Eingriffe rechtfertigen kann.

Aber diese Einwände, die das Gericht damals erhoben hat, sollten ja nun mit § 5 G-10-Gesetz behoben werden. Wenn sich jetzt aus anderen Gründen die Frage der Verhältnismäßigkeit neu stellte, würde man das gegebenenfalls in Karlsruhe auf den Prüfstand stellen können und müssen.

Jetzt noch diese sehr schwierige Frage, Herr Vorsitzender, die Sie ansprechen mit dieser<sup>87</sup> Bombe, die den S-Bahn-Verkehr ernsthaft bedroht. Was Sie hier ansprechen, ist in der Tat fast eine Schicksalsfrage. Wir haben die Frage erstmals diskutiert bei dem Folterverbot. Da ist ja auch die Frage: Wie haben sich deutsche Behörden zu verhalten, wenn sie eine Information bekommen, die voraussichtlich oder wahrscheinlich von ausländischen Diensten stammt und nach Lage der Dinge

wohl offenbar in dem konkreten Fall unter Anwendung von nach deutschem Recht völlig unzulässigen Mitteln erlangt sind, nämlich der Folter? Hier wird man eines sagen müssen: Grundsätzlich ist die Verwendung solcher Informationen unzulässig. Das bezieht sich auf die Folter wie auf die Informationen, die unter Verletzung eines menschenrechtlichen Mindeststandards erlangt worden sind, also auch außerhalb der Folter. Das gilt uneingeschränkt - das sollte man, finde ich, ganz deutlich sagen - für das Strafrecht. Es besteht in diesen Fällen ein absolutes Verwertungsverbot.

Jetzt kommt aber Ihre durchaus wirklich schicksalhafte Frage: Wie ist es, wenn man zum Zwecke der Gefahrenabwehr, der Abwehr einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut oder für eine Vielzahl überragender individueller Rechtsgüter, sich einfach dumm stellen soll? Da würde ich in der Tat auch unter Abwägung der bedrohten Rechtsgüter, um die es geht, und der Konkretheit der Gefahrenlage sagen: Hier dürfen die zuständigen Behörden diese Information durchaus zur Grundlage weiterer, eigener Ermittlungen zur Feststellung der konkreten Gefahrenlage benutzen. - Diese Einschränkung würde ich machen, nicht in jedem Fall, aber wenn ganz zentrale Schutzgüter bedroht sind und wenn die Gefahrenlage ganz konkret und, ich würde mal sagen, dringend ist. In diesen Fällen müssen sich die zuständigen Sicherheitsbehörden nicht künstlich dumm stellen und ihre Aufgabe der Gefahrenabwehr vernachlässigen. Aber im Strafrecht erscheint mir die Sache ganz klar zu sein: absolutes Verwertungsverbot, auch wenn es einem vielleicht in concreto nicht passt.

Ich würde dann meinen Beitrag jetzt erst mal beenden. - Ach so, Entschuldigung, ich bitte um Nachsicht: Auf das<sup>88</sup> mit dem Tatort- und dem Schutzprinzip bin ich noch nicht eingegangen. Welche praktischen Schwierigkeiten entstehen da? Na ja, es ist schon ein Unterschied, wenn die Bundesrepublik Deutschland sich auf den Standpunkt stellen kann, dass bestimmte Maßnahmen von ausländischen Amtsträgern, begangen im Ausland gegen deutsche Staatsbürger, nach deutschem Recht strafbar sind. Ich bin ja nun wirklich kein Traamtänzer, dass ich sage: Damit haben wir das Problem gelöst. - Man müsste dieser Täter ja

87) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 1.

88) Ergänzung des Sachverständigen: "Problem", siehe Anlage 1.



auch habhaft werden. Aber denken Sie an den internationalen Verkehr: Die Schweizer Behörden haben gar keine Bedenken gehabt, gegen deutsche Finanzbeamte ein Ermittlungsverfahren einzuleiten. Wenn ich recht informiert bin, sind Schweizer Bankangestellte gewarnt worden, nach Frankreich zu reisen, weil sie da möglicherweise entsprechend strafrechtlich verfolgt werden.

Es kommt ja noch eines hinzu: Wenn die Haupttat gewissermaßen eine Straftat ist nach deutschem Recht, können Sie natürlich deutsche Amtsträger bzw. private Firmen, die auf diese Informationen rekurren, der Beihilfe anklagen. Ja: Wenn Sie eine Haupttat haben, können Sie darauf etwa auch Beihilfe oder Mittäterschaft gründen.

Kurzum: Für ganz so aussichtslos oder ganz so sinnlos halte ich einen Übergang vom Tatort- zum Schutzprinzip nicht. Wenn Sie sich mal den Katalog der Straftaten anschauen, die nach dem Schutzprinzip verfolgt werden, dann ist der inzwischen beachtlich. Da könnte ich mir auch vorstellen, dass auch verschärfte Strafnormen über Datenausspähung<sup>89</sup> oder - wie heißt das; jetzt fällt mir der andere Ausdruck nicht ein; es gibt ja unterschiedliche Straftatbestände - - also wenn Sie diese Straftatbestände dann auch noch verschärfen - und die Strafdrohung verschärfen - und gleichzeitig auch noch zum Schutzprinzip übergehen<sup>90</sup>.

Was die jetzt diskutierten Maßnahmen gegen - in Anführungsstrichen - Google anlangt, will ich natürlich nun nicht abschließend Stellung nehmen. Aber es ist, glaube ich, auch ganz eindeutig - das hat auch der Präsident des Bundeskartellamtes gerade in den letzten Tagen betont -: Die kartellrechtlichen Regelungen oder kartellrechtliche Maßnahmen wären nur eine Seite, erledigten aber nicht unser Problem. Es wäre natürlich denkbar, dass nach europäischem Kartellrecht - unter bestimmten Umständen vielleicht auch subsidiär nach deutschem Kartellrecht - Maßnahmen gegen bestimmte wettbewerbswidrige Handlungen des Konzerns geprüft würden und eingeleitet würden. Nur, das Problem der Datensicherheit, des Datenschutzes, ist damit natürlich noch nicht gelöst. Da wären wirklich Überlegungen anzustellen, ob nicht Unternehmen, die weltweit operieren, die ihren Sitz im Ausland natürlich<sup>90</sup> haben, durch

deutsches oder - wahrscheinlich sogar sehr viel sinnvoller - durch europäisches Recht angehalten werden, bestimmte Vorgaben einzuhalten, auch wenn sie ihren Sitz nicht in der Europäischen Union oder in Deutschland haben. Das ist machbar. Die staatliche Souveränität erlaubt es, dass man Unternehmen, die Dienstleistungen in der Bundesrepublik Deutschland oder in der Europäischen Union anbieten wollen, bestimmte Vorgaben macht, sei es der Organisation, aber auch der inhaltlichen Wahrnehmung der Tätigkeit, indem man etwa bestimmte Sicherheitsstandards vorgibt und, wenn die nicht eingehalten werden, Sanktionen ausgesprochen werden.

Ich darf - damit will ich dann auch schließen - erinnern, dass das Bundesverfassungsgericht gerade in der Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung ganz entschieden darauf hingewiesen hat, dass eine solche Vorratsdatenspeicherung verfassungsrechtlich überhaupt nur denkbar sein kann, wenn gleichzeitig ein rigides Sicherheitssystem vom Gesetzgeber vorgegeben wird. Ich will jetzt die Einzelheiten hier nicht wiedergeben. Das Gericht hat ausdrücklich gesagt: Es geht nicht an, dass der Gesetzgeber es zulässt, dass ein so wichtiges Grundrecht wie das Telekommunikationsgeheimnis oder auch das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung im Grunde leerläuft. Dagegen ist Schutz zu gewähren, und jede Verpflichtung etwa zur Speicherung oder zur Weitergabe von Daten an private Unternehmen etwa ist nur vorstellbar, wenn zugleich ein sanktionsbewehrtes - ich betone: ein sanktionsbewehrtes - Recht der Datensicherheit vom Gesetzgeber verfügt wird. Das können Sie nachlesen in der Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung; daran möchte ich in diesem Zusammenhang nur erinnern.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Ich möchte Herrn Professor Hoffmann-Riem zur Ergänzung das Wort geben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Ich würde gerne nur darauf hinweisen, dass vor ganz wenigen Tagen der Europäische Gerichtshof in Luxemburg zu Google eine Entscheidung getroffen hat, die unter anderem die

89) Ergänzung des Sachverständigen: "und -abfangen", siehe Anlage 1.

90) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 1.



Aussage enthält, dass Google auch dann, wenn der Sitz im Ausland ist, Google aber hier entweder eine Zweigniederlassung hat oder Betätigungen durchführt, zum Beispiel Werbung akquiriert, nationalem bzw. europäischem Recht unterworfen ist. Diese Entscheidung ist also im Grunde in Fortsetzung dessen, was Sie eben ausgeführt haben, sodass ich dringend empfehle, soweit Sie sich auch mit Google beschäftigen, nicht nur die kartellrechtliche Problematik im Blick zu haben, sondern eben auch die Problematik, dass wir sichern müssen, dass solche Unternehmen sich nach unserem Recht richten, soweit sie hier ihre Tätigkeiten haben, ihre Geschäfte machen und vor allem einen Teil der Freiheitsverwirklichung unserer Bürger in diesen telekommunikativen Infrastrukturen ermöglichen.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Und dann die Rechtsdurchsetzung auch möglich ist.

Jetzt kommen wir zur zweiten Fragerunde. Ich weise darauf hin, dass wir um circa 15.15 Uhr, wenn wir mit den Fragen noch nicht durch sein sollten, die Sitzung aufgrund der Debatte mit namentlicher Abstimmung im Plenum unterbrechen müssen. Vielleicht sind wir ja bis dahin durch; das liegt jetzt ein bisschen an der Kunst der Fragenden und Antwortenden.

Ich darf nun zu Beginn der zweiten Fragerunde der Fraktion Die Linke das Wort geben. Frau Kollegin Renner.

**Martina Renner (DIE LINKE):** Die Abstimmung im Blick würde ich gerne nur eine Frage stellen. Noch einmal zum Ausgangspunkt, warum wir heute hier zusammensitzen - nicht zum einzigen Ausgangspunkt, aber einem wichtigen -: Die Enthüllungen durch Edward Snowden zur Überwachungspraxis der NSA haben uns sicherlich hier zusammengebracht. Deswegen ganz konkret eine Frage zum Whistleblowing: Könnte ein wirksamer Schutz vor Strafverfolgung für Hinweisgeber, die zu massiven Grundrechtsverletzungen informieren, dazu beitragen, dass Verletzungen insbesondere der digitalen Grundrechte wirksamer entgegengetreten werden kann? Was könnte da der verfassungsrechtliche Rahmen oder Hintergrund sein?

Ich verweise darauf, dass es so eine Art Kleinod gibt, einen kleinen Fund in der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik,

nämlich in der Hessischen Landesverfassung. Dort findet sich in Artikel 68 - der ist überschrieben mit „Indemnität für Rügen von Völkerrechtsverletzungen“ - der Wortlaut:

Niemand darf zur Rechenschaft gezogen werden, wenn er auf Tatsachen hinweist, die sich als eine Verletzung völkerrechtlicher Pflichten darstellen.

Das ist so eine kleine Idee davon, dass es im verfassungsrechtlichen Rahmen schon Überlegungen zu einer jetzt modernen Problematik gibt. Haben Sie diese Frage schon einmal erörtert? Mich würde Ihre Meinung, Ihre Expertise dazu interessieren.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Herzlichen Dank. - Ich darf das Wort direkt an unsere Sachverständigen geben. Herr Professor Papier.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Als Verfassungsrechtler kann ich wenig dazu sagen; das muss ich Ihnen ganz offen gestehen. Man wird das sicherlich erwägen, übrigens auch in der Durchsetzung von Compliance-Regeln etwa im privatunternehmerischen Bereich; das betrifft ja nicht nur die staatliche Sphäre. Das wird man machen können; das ist möglicherweise auch sinnvoll, was ich aber so im Einzelnen wirklich nicht beurteilen kann. Da fehlt mir die Erfahrung; da fehlt mir der Sachverstand.

Ich könnte mir vorstellen, dass es durchaus eine sinnvolle Regelung sein kann, wenn man leichter an Informationen gelangen kann, die solche Missstände offenbaren. Aber das ist, glaube ich, keine Frage des Verfassungsrechts; also, man wird den Gesetzgeber nicht qua Verfassungsrecht zwingen können, solche Whistleblower-Regelungen, etwa speziell im staatlichen Bereich, einzuführen. Es ist wahrscheinlich sinnvoll, übrigens auch in der Privatwirtschaft, so etwas zu regeln oder so etwas zu ermöglichen; aber eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zu einer solchen Regelung kann ich jedenfalls nicht erkennen.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Herr Professor Hoffmann-Riem.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Eine verfassungsrechtliche Pflicht dazu sehe ich auch nicht. Es geht mehr um die



Frage, ob es verfassungsrechtlich zulässig wäre. Es gibt zum Beispiel in der Kronzeugenregelung in der Tat ähnliche Ideen; allerdings sind sie kriminalpolitisch auch umstritten. Man wird es also politisch sehr diskutieren müssen, ob angesichts von Problemen des Missbrauchs, der Denunziation, des Querulantentums und dergleichen die Hilfen bei der Aufklärung von sinnvollen, also wichtigen Sachverhalten das rechtfertigen; es ist also wieder eine Abwägungsfrage. Ich gehe also davon aus, um zusammenzufassen: kein verfassungsrechtliches Verbot, aber auch keine verfassungsrechtliche Pflicht, sondern wieder eine politische Entscheidung unter Abwägung der verschiedenen Aspekte.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Herr Professor Bäcker.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Dem habe ich nichts hinzuzufügen.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Jetzt komme ich zur nächsten Fraktion, der Fraktion der CDU/CSU. Ich bitte auch hier um Fragen.

**Roderich Kiesewetter (CDU/CSU):** Herzlichen Dank. - Wir haben keine weiteren Fragen. Aber erlauben Sie mir, das ich Ihnen dreien im Namen unserer Arbeitsgruppe und auch im Namen unserer Fraktion sehr herzlich für die umfassenden Stellungnahmen danke, die Sie gegeben haben, und die weiteren Anregungen, die wir hier aufgreifen. Ich möchte an dieser Stelle auch festhalten, dass bei uns möglicherweise weiterer Nachfragebedarf besteht. Wir würden uns freuen, wenn wir Sie in diesem Falle wieder einladen dürften. - Herzlichen Dank.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Als Teil der CDU/CSU-Fraktion nutze ich unsere 27 Minuten; denn ich habe Nachfragebedarf.

Ich komme noch einmal zurück auf das Nutzen von Erkenntnissen ausländischer Geheimdienste. Sie hatten gesagt, Herr Professor Papier und Herr Professor Hoffmann-Riem, dass wir natürlich eine Unterscheidung treffen müssen zwischen repressiver Auswertung, also in einem Strafverfahren, und möglicherweise dem präventiven Schutz von

hoch- und höchstrangigen Rechten. Das teile ich. Ich hatte die Frage auch deswegen gestellt, damit wir hier noch einmal herausarbeiten, dass es hier um eine ganz andere Konstellation geht.

Herr Professor Bäcker hatte gesagt - das meine ich jedenfalls; sonst korrigieren Sie mich; ich will Ihnen nichts Falsches zuschieben -: Wir betreten hier Neuland. - Das sehe ich nun nicht so. Wir haben diese Situation nun seit Jahrzehnten. Ich erinnere mich an die Zeit der RAF, in der Kontakte zu britischen Geheimdiensten gepflegt worden sind, der IRA und deren Verwobenheit mit der RAF. Wir hatten auch in den ganzen Jahren und Jahrzehnten danach den Austausch von Daten, wo es um den Schutz höchstrangiger Rechte geht.

Ich selbst komme aus dem Hochsauerlandkreis. Da gab es die Sauerland-Gruppe in Oberschledorn. Die Erkenntnisse über ein geplantes Attentat durch die Sauerland-Gruppe sind den deutschen Behörden durch Erkenntnisse der NSA mitgeteilt worden; ich erzähle da nichts Geheimes, das können Sie bei Wikipedia nachlesen. Das sind Erkenntnisse gewesen, die die NSA und die CIA dadurch erworben haben, dass sie den Mailverkehr zwischen Deutschland und Pakistan abgehört haben. Wie auch immer diese Erkenntnisse noch angereichert wurden, werden wir weder hier noch wahrscheinlich auf Dauer erfahren können. Es ist nach meiner Meinung, nach meiner Erkenntnis zumindest Praxis, dass nicht bei jedem Datum, bei jeder Erkenntnis, die mitgeteilt wird, auch gleichzeitig mitgeteilt wird, wie sie erworben wurden, auch auf Nachfrage möglicherweise nicht.

Also, wie soll sich die Praxis jetzt darstellen? Wenn wir sicherheitsrelevante Erkenntnisse haben, höchst sicherheitsrelevante Erkenntnisse, wo nicht festgestellt werden kann, wie sie erworben worden sind, oder, selbst wenn das festgestellt werden kann und nach unserem rechtlichen Verständnis möglicherweise sogar andere Kriterien zugrunde gelegen haben, als wir sie zugrunde legen, dann muss doch - davon muss ich ausgehen - eigentlich trotzdem präventiv zur Gefahrenabwehr aus rechtlichen Erwägungen dazu geneigt werden, diese Erkenntnisse, um Rechtsgüter in Deutschland zu schützen, auch zu nutzen. Ich bin völlig einer Meinung, wenn wir sagen, repressiv kann das selbstverständlich nicht genutzt werden; dann kämen wir zu einer Praxis, die in einem Staat schrecklich wäre. Aber es wäre auch verfassungsrechtlich fast schon zwingend, eine bereits





erhobene Erkenntnis, die zum Schutz vor weiteren Rechtsverletzungen dienen kann, zu nutzen; denn der Staat hat eine Schutzpflicht gegenüber seinen Bürgerinnen und Bürgern. Dann bin ich schon fast wieder bei der Abwägung, die Sie zu Recht dargestellt haben. Ich habe gehaut, dass Sie diese Antwort geben, und habe die Fragen trotzdem gestellt. Sehen Sie, um es noch einmal ganz konkret zu sagen, hier ein Verwertungsverbot, oder sagen Sie, diese Erkenntnisse können genutzt werden?

Zweiter Teil. Meine Fragen hierzu gehen jetzt in eine etwas andere Richtung, nämlich in den Bereich, den ich gerade angeschnitten habe. Was muss der Staat eigentlich machen? Sehen Sie eine staatliche Pflicht - das haben Sie bei verschiedenen anderen Fragen beschrieben -, hier gesetzgeberisch tätig zu werden? Also, sagt unser Grundgesetz, dass wir derzeit - ich hatte immer den Eindruck, G 10 ist im Gespräch - eine Verpflichtung haben, unsere Gesetze anzupassen, sie zu verändern, zum einen was den Gesetzgeber betrifft? Sehen Sie zum Zweiten eine Pflicht des Gesetzgebers oder gar der Bundesregierung gegenüber unseren ausländischen Partnern, Abkommen mit ihnen einzugehen, um den wirksamen Schutz zu verbessern? Ich bin mir aufgrund Ihrer Stellungnahmen nicht ganz sicher. Es fielen nämlich die Sätze: Das Grundgesetz und unsere Gesetze sind völlig ausreichend. - Andererseits hatte ich immer wieder das Gefühl, es muss etwas passieren. Jetzt weiß ich nicht, was genau passieren muss. Also: Sehen Sie derzeit eine Verpflichtung? Oder anders formuliert: Muss sich die öffentliche Gewalt, wo Sie die auch immer verorten, verfassungswidrige Eingriffe ausländischer Behörden zurechnen lassen? Entsteht daraus möglicherweise ein Handlungsbedarf? Sprich, wenn wir also feststellen, ausländische Dienste oder vielleicht sogar private Dritte greifen Daten ab, haben wir dann aus dem Grundgesetz eine Verpflichtung, gesetzgeberisch tätig zu werden? Das würde ich gerne wissen. Wen sehen Sie hier in der Pflicht: den Gesetzgeber, die Bundesregierung? Das Verfassungsgericht ja wohl nicht; das habe ich verschiedenen Statements entnommen. Wenn Sie diese Pflicht aus der Verfassung herausinterpretieren, wen sehen Sie in der Pflicht? - Das waren erst einmal meine Fragen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:**

Wenn ich sage, wir betreten Neuland, dann meine ich natürlich nicht, dass die Verfahrensweise neu ist. Ich gehe auch davon aus, dass Informationen ausländischer Dienste seit vielen Jahrzehnten immer wieder bezogen worden sind und dass das ein aus nachrichtendienstlicher Sicht völlig normaler Vorgang ist.

Eine ganz andere Frage ist, wie weit wir in der rechtlichen und insbesondere der verfassungsrechtlichen Diskussion um diese Vorgänge bisher gekommen sind. In dem Punkt würde ich in der Tat an meiner Äußerung festhalten. Dazu gibt es aus meiner Sicht keine besonders konsolidierte Doktrin, Rechtsprechung sowieso nicht. Wir haben die von Herrn Hoffmann-Riem ja zutreffend in Bezug genommene strafrechtliche Rechtsprechung zu den Beweisverwertungsverböten, die sich primär um die Verwertung von Beweisen dreht, die Ermittlungsbehörden rechtswidrig gewonnen haben. Wir haben noch ein bisschen was dazu, was passiert, wenn private Dritte unter Rechtsverstoß Informationen beschaffen, die dann für die Strafverfolgung genutzt werden sollen. Aber dass es dabei konkret um nachrichtendienstliche Erkenntnisse ginge? Die werden ja normalerweise nicht mehr in die strafrechtliche Hauptverhandlung eingeführt, sodass sich die Frage nach dem Beweisverwertungsverbot in diesem Punkt normalerweise gar nicht mehr stellt.

Das Nachrichtendienstrecht ist ja<sup>91</sup> sowieso eine Rechtsmaterie, die bisher sehr wenig geklärt ist. Wir haben ein paar Entscheidungen überwiegend zu Rechtssatzverfassungsbeschwerden, aber aus naheliegenden Gründen relativ wenige Gerichtsentscheidungen, die an konkrete Einzelmaßnahmen angeknüpft haben, weil die Betroffenen davon in der Regel zumindest über lange Zeit nichts erfahren und dann keinen Anlass mehr sehen, zu klagen. Es gibt auch, sagen wir mal, eine gewisse Unterbelichtung in der juristischen Literatur, sodass ich schon sagen würde: Ja, da betreten wir in der Tat Neuland; da müssen wir eine grundsätzliche Diskussion führen. Daran würde ich festhalten.

Konkret zu Ihrem Fall des S-Bahn-Anschlags und zu der Frage, ob die Daten verwertbar sind oder nicht: Ich kann mit der Differenzierung von

91) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 3.



Herrn Papier gut leben. Dem würde ich mich anschließen.

Die Frage, ob ich eine Pflicht des Gesetzgebers sehe, tätig zu sein, habe ich so verstanden, dass sich das wirklich nur auf den Empfang von Daten bezieht. Oder bezieht sich die Frage insgesamt auf den ganzen Themenkomplex G 10 und BND-Gesetz? Das habe ich nicht ganz verstanden.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Sie bezieht sich natürlich auf die Nutzung von Daten, von denen wir in der Regel nicht wissen, wie sie gewonnen worden sind, zumindest nicht immer. Ich hatte den theoretischen Fall gebildet: Selbst wenn wir wissen, dass sie nicht nach deutschen rechtlichen Grundlagen gewonnen worden sind, können wir sie dann in gleichem Umfang nutzen? Ich hatte neben dem S-Bahn-Fall das Beispiel der Sauerland-Gruppe aus Oberschledorn genannt, wo Telefonverkehr, Daten-/Internetverkehr, insbesondere der E-Mail-Verkehr zwischen Deutschland und Pakistan abgegriffen worden sind. Ob das auf deutschen Gesetzen beruht, wird sich schwer nachvollziehen lassen. Auf jeden Fall waren es wohl die NSA und die CIA; die NSA hat es uns mitgeteilt. Dazu ist meine konkrete Frage: Hätten wir das nicht annehmen dürfen? Hätten wir der NSA sagen müssen: „Okay, es scheint sich wohl um E-Mail-Verkehr zwischen Deutschland und Pakistan zu handeln. Wir hätten diese Möglichkeit vielleicht nicht. Bitte teilt uns diese Erkenntnis nicht mit, dass es eine Gruppe in Deutschland gibt, wo sie ist und was sie macht“? Oder sind Sie auch der Meinung, dass wir diese Daten zu Recht genutzt haben?

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Wenn Sie die Frage stellen, ob Sie als Gesetzgeber in der Pflicht sind, tätig zu werden, dann muss man sagen: Eine verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers, tätig zu werden und diesen ganzen Datenumgang zu regeln, kann man natürlich so erst einmal nicht herleiten. Das würde, wenn überhaupt, dann nur aus grundrechtlichen Schutzpflichten gehen.

Eine andere Frage ist, ob die geltende Rechtslage und die behördliche Praxis der Nachrichtendienste, so wie sie sich im Moment darstellen, verfassungsrechtlich zulänglich sind. Da würde ich in der Tat sagen: Das sind sie wohl nicht. Das hat nichts mit der Frage zu tun, ob es letztlich regelbar

ist und ob sich verfassungsrechtlich tragfähige Rechtsgrundlagen schaffen ließen. Diese Frage würde ich bejahen. Ich habe mit Ihrem Sauerland-Fall natürlich kein Problem. Das wäre auch erstaunlich; es würde Sie auch erstaunen, wenn ich<sup>91</sup> jetzt sagen würde - - Das ändert aber nichts daran, dass hier ein Regelungsbedarf besteht, wie insgesamt der Themenkreis Datenübermittlungen/Datenflüsse sowohl zu den Nachrichtendiensten als auch von den Nachrichtendiensten an andere Stellen ohnehin der Überarbeitung bedarf. Das ist jetzt nicht mehr Gegenstand dieses Untersuchungsausschusses, aber wenn Sie sich die Datenübermittlungsvorschriften in den Nachrichtendienstgesetzen anschauen, dann stellen Sie fest, dass denen die Verfassungswidrigkeit wirklich auf die Stirn geschrieben steht. Das ist vom Bundesverfassungsgericht auch schon festgestellt worden. Von daher würde es im Zuge der ohnehin erforderlichen und anstehenden Revision des nachrichtendienstlichen Datenübermittlungsrechts oder am besten des Nachrichtendienstrechts insgesamt naheliegen, auch diese Fragen mitzuregeln.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Herr Professor Hoffmann-Riem.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Zunächst zu Ihrer Frage, die von der Bombe in Berlin ausgeht. Ich denke auch, dass die Differenzierung zwischen präventiven und repressiven Maßnahmen sachgerecht ist. Wir sollten zwei Dinge unterscheiden. Das Erste ist die Frage: Was ist im Fall der Prävention eine politisch und menschlich sachgerechte Lösung? Die zweite Frage: Ist eine solche sachgerechte Lösung hinreichend in der Rechtsordnung abgesichert?

Zur ersten Frage: Wenn man das vom Polizeirecht her angeht, ist zu sagen: Das Polizeirecht kennt ganz andere Figuren als das Strafrecht. Es gibt den Gefahrenbegriff, es gibt den Begriff der Anscheinsgefahr, also ganz verschiedene Elemente, die es erlauben, auch zwischen verschiedenen Situationen zu differenzieren. Wenn wir aufgrund einer Information, von der wir nicht wissen, ob sie unter Kriterien gewonnen worden ist, die wir in Deutschland tolerieren würden, trotzdem auf eine Gefahrensituation aufmerksam werden, dann denke ich, dass es vom materiellen Polizeirecht her überhaupt nicht zu rechtfertigen



wäre, darauf nicht zu reagieren. - Das ist die erste Antwort.

Aber das klärt nicht die Frage, ob das alles so in einem rechtlich unregulierten Raum bleiben darf, weil ja ein Risiko darin ist; wir haben das Beispiel diskutiert: Bei Informationen, deren Zuverlässigkeit nicht überprüft werden kann, die unter menschenrechtswidrigen Aspekten gewonnen worden sein können usw., besteht ein Regelungsbedarf. Da wir hier über den Austausch von Daten zwischen Geheimdiensten sprechen, meine ich, gehört diese Problematik, was die rechtlichen Grundlagen betrifft, auch in ein solches Regelungskonzept.

Zu der zweiten Frage „Was muss der Staat machen? Gibt es eine Pflicht zum Tätigwerden?“ habe ich in meiner schriftlichen Ausarbeitung, aber auch heute Morgen mündlich einiges gesagt. Ich selbst gehe davon aus, dass dem Umstand, dass Kommunikation heute global läuft, dass die räumliche Begrenzung des Denkens von Grundrechten nicht mehr der gegenwärtigen Lage angemessen ist und dass Gefährdungspotenziale global oder international gegeben sind, eine Schutzaufgabe für die staatliche Seite schaffen<sup>92</sup>, sich - jetzt drücke ich es vorsichtig aus - um Abkommen zu bemühen, die dieses Problem besser regeln als bisher. Ich sage das deswegen so vorsichtig, weil man keinen Staat zur Mitwirkung zwingen kann. Also geht es<sup>92</sup> erstens darum, eine politische Bemühensaktion zu starten, aber auch darum - dazu habe ich auch Stichworte genannt -, das, woran die andere Seite Interesse hat, zum Beispiel eine Freihandelszone, vielleicht mit ins Geschäft, ins Aushandeln zu bringen und eine Gesamtkombination politisch herzustellen, die es auch erlaubt, auf Vereinbarungsebene zu einer Lösung zu kommen.

Dann habe ich gesagt: hilfsweise. Wenn das nicht reicht, gibt es auch Möglichkeiten im nationalen Bereich, etwas zu unternehmen. Da habe ich Ihnen verschiedene Möglichkeiten aufgeführt bis zur Europa-Cloud usw. Das ist keine optimale Lösung, weil ich schon an die Internationalität des Netzes als eine große Errungenschaft glaube; aber wenn sie zu Gefahren führt, muss man manchmal auch suboptimale Lösungen nehmen<sup>92</sup>. Insofern denke ich, dass auch hier eine Pflicht zum Tätig-

werden besteht, aber wiederum verbunden mit einem Gestaltungsspielraum, dass<sup>93</sup> hier auch unterschiedliche Maßnahmen ergriffen werden können.

Ich würde an dieser Stelle durchaus die Anregung von Herrn Papier aufgreifen, das möglicherweise in Artikel 87 f noch klarer zu machen. Ich persönlich habe ja vorgeschlagen, das dieser Norm durch Auslegung und Rechtsfortbildung zu entnehmen. Das scheint mir systematisch auch möglich und richtig zu sein. Aber es ist immer besser, wenn man auf neue Gefährdungslagen auch eine neue Antwort geben will, dies so klar zu machen, dass alle Beteiligten Bescheid wissen. Also wäre eine Novellierung des Artikel 87 f in diesem Sinne durchaus eine Unterstützung des Anliegens.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Dann hören wir Professor Papier, der sicherlich an der Stelle ansetzen wird, aber selbstverständlich nicht muss.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Ich meine auch, dass es durchaus sinnvoll ist, das Grundgesetz hier zu ergänzen, für Klarstellung zu sorgen. Das Grundgesetz ist über 60-mal geändert worden und zum Teil mit Regelungen überfrachtet worden, bei denen man den Eindruck hat, sie könnten eigentlich auch in einer Rechtsverordnung stehen, oder zumindest würde eine Regelung in einem einfachen Gesetz ausreichen. Man könnte Artikel 16 a nennen, Teile des Artikels 13; mehr Beispiele will ich hier gar nicht nennen. Aber in solchen zentralen Fragen sollte das Grundgesetz schon explizit Farbe bekennen. Das hätte natürlich auch den gewissen Vorteil, dass Sie auf diese Weise bei Nichterfüllung dieses Staatsauftrages gegebenenfalls dann auch eher objektiv mit Rechtsschutzmöglichkeiten in Karlsruhe zurande kämen als immer nur mit dem individualgrundrechtlichen Aspekt. Ganz abgesehen davon sind die Individualgrundrechte hier auch etwas defizitär, was die Durchsetzbarkeit anbelangt, weil es um heimliche Zugriffe geht. Natürlich muss hinterher informiert werden, aber dann haben die Leute nachher teilweise auch kein Inte-

92) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 2.

93) Richtigstellung des Sachverständigen: "da", siehe Anlage 2.



resse, teilweise werden sie jahrelang nicht informiert wegen des noch andauernden Ermittlungsverfahrens gewissermaßen.

Also, ich meine in der Tat auch, dass man hier die objektiv-rechtliche Verfassungslage klarstellen sollte. Der Staat hat hier eine Verantwortung, genauso wie er eine Verantwortung hat für den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, wie er eine Verantwortung hat für die Sozialstaatlichkeit dieses Gemeinwesens und natürlich auch für die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit. Ich bin sonst kein Freund unnötiger Grundgesetzänderungen, aber hier sollte man das wirklich erwägen. Das muss aber auch flankiert werden mit einer wirklich zuverlässigen und sehr fundierten Expertise, was in Ausfüllung dieses Verfassungsauftrages eigentlich nötig wäre an einfachgesetzlichen Maßnahmen, sei es auf nationaler Ebene, sei es durch Anregung an die Europäische Union.

Ansonsten würde ich auch schon sagen: Natürlich muss der deutsche Staat - jedenfalls ist er dazu dem Grunde nach verpflichtet - dafür Sorge tragen, dass bei einem grenzüberschreitenden Verkehr, bei einer grenzüberschreitenden Tätigkeit die deutschen Staatsbürger international über einen hinreichenden menschenrechtlichen Schutz verfügen. Wir haben internationale Pakte über bürgerliche, über politische Rechte; wir haben die Menschenrechtskonvention. Ich glaube schon, dass der deutsche Staat dem Grunde nach verpflichtet ist, über das Hinwirken zum Abschluss solcher internationalen Abkommen einen mit den europäischen und den deutschen Grundrechtsstandards zwar nicht völlig deckungsgleichen - das ist so zu sehen -, wohl aber wesensmäßig gleichwertigen Standard des Schutzes zu erreichen. Das kann natürlich keine Erfolgsgarantie sein, keine Erfolgsverpflichtung, aber ein Handeln etwa zur Ergänzung des internationalen Paktes über die bürgerlichen Freiheiten wäre in diesem Punkte zu erwägen.

Zum Schluss meines Beitrages<sup>94</sup> zu dieser präventiven Verwendung von Daten, die, ich sage mal, mit einem Makel behaftet sind: Ich sollte vielleicht darauf hinweisen - ich habe das hier in meinem Einleitungsstatement betont -, dass man doch schon sagen müsse, dass der<sup>94</sup> Datenaustausch mit

ausländischen Diensten, die ihre personenbezogenen Daten weitgehend unter Methoden und in einer Art und Weise erlangen, die den - ich wiederhole mich - Mindeststandards der deutschen und unionsrechtlichen<sup>95</sup> Menschenrechte in dieser Hinsicht eindeutig nicht genügen, die also gewissermaßen bei der Erhebung ihrer Daten ersichtlich gegen den - ich sage es untechnisch - ordre public verstoßen, so wie wir ihn in Deutschland und in der Europäischen Union verstehen - - dass in diesen Fällen dann in der Tat dieser Makel der personenbezogenen Daten bestehen bleibt und dann zu entsprechenden rechtswidrigen Handlungen führen kann, wenn sie dann gleichwohl verwertet werden. Das gilt uneingeschränkt - ich wiederhole mich - für das Strafrecht.

Ich habe versucht, im Bereich des Polizei- und des Sicherheitsrechts hier eine Abwägung offenzuhalten. Das ist einfach unentbehrlich. Nur, wissen Sie, es geht im Polizeirecht - ich glaube, Sie haben es schon angedeutet - nicht um ein Verwertungsverbot, sondern im Polizeirecht geht es um ein, ich sage mal, Erkenntnisverbot, also Wahrnehmungsverbot. Das ist etwas anderes. Das besteht natürlich nicht; ein Erkenntnis- und Wahrnehmungsverbot besteht nicht. Wenn die Sicherheitsbehörden Erkenntnisse bekommen oder es konkrete Hinweise gibt, da ist eine Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut zu befürchten oder anzunehmen, dann haben sie die Erkenntnis, die sie so gewonnen haben, natürlich ihren weiteren Verhaltensweisen zugrunde zu legen, gegebenenfalls eigene Ermittlungen anzustellen und die Gefahrenlage abzuwehren. Das ist, glaube ich, kein Verwendungsverbot im rechtlichen Sinne, sondern es geht hier um Erkenntnisverbote, um Aufklärungsverbote. Die bestehen natürlich nicht uneingeschränkt. Da stimme ich mit meinen Vorrednern überein. Ich glaube, Herr Vorsitzender, das war auch Ihr Anliegen, dass man das noch einmal klarstellt.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz genau. Ich glaube, da haben wir anscheinend einen gewissen Konsens bis jetzt.

Ich möchte in der zweiten Fragerunde weitergehen. Jetzt haben die Kolleginnen und Kollegen

94) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 1.

95) Richtigstellung des Sachverständigen: "europäischen", siehe Anlage 1.



von der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen die Möglichkeit, Fragen zu stellen. Herr Kollege Ströbele.

**Hans-Christian Ströbele** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Danke, Herr Vorsitzender. - Ich habe zu den aktuellen Betätigungen des BND zwei Fragekomplexe. Der NSA-Chef Alexander hat zu seiner Verteidigung und zur Verteidigung der NSA immer wieder - auch öffentlich - erklärt: Was regt ihr euch so auf? Das machen doch alle. - Ich glaube, Obama hat das auch so gesagt. Der NSA-Chef hat hinzugefügt: Das machen gerade auch die Deutschen; die sollen sich doch nicht so aufregen. Sie machen das Gleiche, was wir machen. - Wir haben hier festgestellt, dass es in Teilbereichen tatsächlich so ist. Bei der strategischen Überwachung, bei der Auslandsüberwachung, wenn beide Seiten im Ausland sind, dann gelten, jedenfalls nach Auffassung des BND und der Bundesregierung, die Regelungen des G-10-Gesetzes nicht; dann können sie machen, was sie wollen.

Herr Alexander hat einen Punkt aber nicht erwähnt, nämlich dass die deutschen Dienste Freunde nicht ausspionieren; jedenfalls sagen sie das. Auch immer wenn wir in früheren Untersuchungsausschüssen nachgefragt haben, dann haben die uns mit dem Brustton der Überzeugung gesagt: Darum, was die NSA oder die CIA in Deutschland oder woanders treiben, kümmern wir uns nicht. Wir spionieren doch keine Freunde aus.

Wenn man mal davon ausgeht, dass dieser Unterschied tatsächlich bestehen kann, dass man auf der einen Seite sagt: „Der Auslandsgeheimdienst ist vor allem zur Spionage, zur Datenerfassung bei Gegnern, Feinden oder jedenfalls Nicht-Freunden da, aber bei Freunden eben nicht; davon soll er seine Finger lassen“, dann bringt mich das auf zwei Überlegungen. Das eine ist: Stimmt das eigentlich mit unserer Rechtsordnung überein? Denn im Strafgesetzbuch zum Beispiel wird ja kein Unterschied gemacht, ob die Spionage durch einen befreundeten Dienst oder einen nicht befreundeten Dienst in Deutschland gemacht wird; das ist gleich strafbar. Oder auch beim Verfassungsschutzgesetz wird kein Unterschied gemacht, was er abwehren soll, Spionage aus, um Länder zu nennen, Iran oder Russland und aus den USA, sondern das gilt gleich. Diese Unterscheidung findet in unseren gesetzlichen Regelungen erst einmal keine Stütze. Das kann man so oder so sehen.

Sie haben gesagt, es gibt geradezu eine Verpflichtung des Staates, die Bevölkerung, vor allem die Kanzlerin, vor Ausspähen zu schützen. Das hat man bei der NSA ganz offensichtlich nicht gemacht. Denn all die Sachen sind ja nicht durch besonders gute Arbeit der Abwehr herausgekommen, sondern durch Edward Snowden und seine Dokumente.

Deshalb die Frage; sie hat ein bisschen damit zu tun, was der Vorsitzende vorhin gefragt hat. Es gibt ja ganz andere Möglichkeiten, zum Beispiel sich davor zu schützen, dass nicht nach unseren Gesetzen erlangte oder mit unseren Gesetzen unvereinbar erlangte Informationen verwendet werden oder, wie Sie sagen, zunächst zur Kenntnis genommen, möglicherweise dann auch gebraucht werden. Mit den USA und mit anderen befreundeten Ländern gibt es zum Beispiel eine Vereinbarung, dass man nicht fragt: „Wo habt ihr die Informationen her? Erzählt mal den Weg“, sondern eine generelle Regelung trifft: Habt ihr die Informationen nach den Gesetzen, die auch bei uns Anwendung finden, erhoben? - Das hat ja auch der Herr Alexander immer wieder bestätigt, indem er gesagt hat: Beim Abschöpfen der Daten der deutschen Bevölkerung in Deutschland haben wir uns an die deutschen Gesetze gehalten. - Dass das nicht der Fall ist, ist inzwischen offensichtlich. Aber offenbar hat man selber diesen Anspruch daran, was ja, wenn man das gegenüber einem gegnerischen Dienst macht, gar nicht der Anspruch sein kann, oder einem Dienst, von dem man weiß, dass er sich ganz offensichtlich nicht an internationale Menschenrechte und internationale Regeln hält. Da ist das ein Unterschied.

Deshalb meine Frage: Kann man angesichts solcher Unterschiede auch unterschiedliche Regelungen treffen, je nachdem, wer ausspäht und wie man dann jeweils an die Daten kommt? Wir wissen, dass der Bundesnachrichtendienst in anderen Zusammenhängen aus dem Irak auch aus sehr zweifelhaften Quellen durchaus Informationen beschafft hat, von einem Nachrichtendienst, der ganz offensichtlich Mord, Totschlag, Folter usw. praktiziert hat. - Das ist die eine Frage.

Die zweite Frage bezieht sich auf die strategische Aufklärung. Die strategische Aufklärung wurde erstens damit gerechtfertigt, dass man nicht alles abhört, weil es diese 20-Prozent-Hürde gibt. Der Bundesnachrichtendienst sagt dabei auch im-



mer, dass es ja nicht einmal 20 Prozent sind, sondern weniger, weil er gar nicht so viel schafft. Zweitens wurde sie unter anderem damit gerechtfertigt, dass aufgrund der G-10-Regelung ja alle Suchbegriffe von einem parlamentarischen Gremium, nämlich der G-10-Kommission, genehmigt werden müssen; also, nachdem das aufgenommen worden ist, wird alles durchgerastert. Bei diesen Rastern wirkt, wenn man so will, das Parlament mit und passt auf, dass nur zulässige Raster angewendet werden.

Das bringt mich zu der Frage, ob eine solche Einschränkung der Verwertung der aufgenommenen Daten und Informationen das, was der Bundesnachrichtendienst bei der strategischen Aufklärung macht, in einem anderen Licht erscheinen lässt. Diese ist ja übrigens noch immer ganz wesentlich eine Aufklärung, die die Satellitenkommunikation betrifft, gerade wenn es um Afghanistan geht.

Die dritte Einschränkung ist - das hat einen Zusammenhang zu vorher -, dass die Gegenden, in denen das passieren darf, vom Parlament genehmigt werden müssen. Das Parlamentarische Kontrollgremium bekommt einen Antrag, in dem steht: Die und die Gegend in Afrika oder wo auch immer - das ist sehr stark eingegrenzt - wollen wir jetzt in die strategische Überwachung übernehmen. - Das ist ja auch eine Eingrenzung; das darf man nicht einfach da und dort machen. Wenn jemand sagen würde: „Das dürfen wir auch in den USA oder in England“, dann würden sich alle die Haare raufen. Kann man sagen: Das sind ausreichende Begrenzungen für die strategische Überwachung?

Der letzte Punkt betrifft die normale Überwachung von Kommunikation, also zum Beispiel Abhören von Telefonaten, die nur im Ausland ausgetauscht werden, wo also beide Stellen im Ausland sind und kein deutscher Staatsbürger beteiligt ist, der telefoniert, SMS schickt oder etwas Ähnliches macht. Das ist - das haben Sie auch festgestellt - eigentlich keinerlei Kontrolle unterworfen. Halten Sie es für richtig oder wäre das ein gesetzgeberischer Weg, wenn man das ähnlich regelt wie bei der Telekommunikationsüberwachung durch die Nachrichtendienste im Inland, dass das in jedem

einzelnen Fall genehmigt werden muss? Wir haben ja eine sehr geringe Gesamtzahl von solchen Überwachungen im Inland. Das hat damit zu tun, dass das bei den Nachrichtendiensten sehr genau überwacht wird, nicht durch die Richter, sondern durch die G-10-Kommission. Das führt dazu, dass sich die Zahlen zwischen 200 und 400 im Jahr bewegen, während das, was die Polizei macht und was angeblich richterlich kontrolliert ist, etwa bei 50 000 oder 60 000 im Jahr liegt. Sollte man das Ihrer Meinung nach auch ausweiten bei dieser nicht strategischen Überwachung, der Überwachung von Telefon, SMS, also des normalen Verkehrs, wo ja auch die Inhalte überprüft werden? Sollte man einen Gesetzesvorbehalt machen, dass das in jedem Einzelfall genehmigt werden muss und dass ein Anlass da sein muss, ein Verdacht? Das ist der Hintergrund. Das wird in der G-10-Kommission geprüft, dass das so gemacht wird. - Das sind meine Fragen.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank, Herr Kollege Ströbele. - Ich würde jetzt bei Professor Papier mit der Beantwortung der Fragen des Kollegen Ströbele von Bündnis 90/Die Grünen anfangen. Herr Professor Papier.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Herr Abgeordneter Ströbele, ich kann Ihre Auffassung nicht teilen - und Sie wollen sie ja eigentlich auch nicht als endgültig bestehen lassen -, dass der BND im Ausland alles tun darf. Das ist eben auch nach geltender Rechtslage nicht der Fall. Ich erinnere nur an § 3<sup>96</sup>. Natürlich hat der BND eine sehr weite Aufgabenstellung, was die Auslandsaufklärung anlangt. Bei allem, was für die Interessen und Belange der Bundesrepublik Deutschland relevant werden kann, insbesondere auch um Gefahren für die deutsche Politik<sup>97</sup> zu ermitteln, kann der BND tätig werden und der Bundesregierung berichten.

Aber jetzt geht es um Grundrechtseingriffe. Auslandsaufklärung ist nicht immer mit Grundrechtseingriffen verbunden. Wenn sie mit Grundrechtseingriffen verbunden ist, hier ja in Sonderheit mit Eingriffen in das Telekommunikationsge-

96) Ergänzung des Sachverständigen: "G 10", siehe Anlage 1.

97) Richtigstellung des Sachverständigen: "Bundesrepublik", siehe Anlage 1.



heimnis, dann müssen nach unserer Rechtsauffassung gesetzliche Befugnisnormen dafür da sein, auch wenn das im Ausland geschieht. Das ist in § 3 G-10-Gesetz geschehen - das ist die individuelle, die, ich sage mal, gezielte Abhörung -, und es ist in Bezug auf die strategische Überwachung in § 5<sup>98</sup> geschehen.

Nun kann man natürlich darüber sinnieren und darüber nachdenken, ob das den verfassungsrechtlichen Anforderungen auch in jeder Hinsicht genügt. Aber dass es dafür rechtlicher Grundlagen bedarf und dass die rechtlichen Grundlagen, die gesetzlichen Ermächtigungen nicht voraussetzungslos sein dürfen, sondern dass bei individueller Überwachung durchaus tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht etwa einer besonders schweren Straftat gegeben sein müssen, das gilt auch im Auslandsbereich. Der BND ist ja im Grunde ein Institut der Auslandsaufklärung. Es geht ja vorrangig um ausländische Telekommunikation und gerade nicht um die rein inländische Telekommunikation; dafür sind andere Dienste oder die Polizeibehörden zuständig. Ich bin mir, wenn ich das so sagen darf, nicht im Klaren darüber, ob die gesetzlichen Regelungen über die strategische Überwachung erneuert, verfeinert werden müssten; das kann ich abschließend nicht beurteilen. Ich weise nur darauf hin, dass sich vor<sup>98</sup> einigen Jahren - ich weiß nicht, wann<sup>99</sup> die Entscheidung zur strategischen Überwachung ergangen ist -

(Sachverständiger Prof.  
Dr. Wolfgang Hoffmann-  
Riem: 1999!)

- ich höre, es war 1999, also vor geraumer Zeit - die Verhältnisse<sup>100</sup> so geändert haben, dass hier weitere Eingrenzungen vorgenommen werden müssten<sup>101</sup>, insbesondere aus den Gründen, die Herr Bäcker geschildert hat. Das kann ich abschließend nicht beurteilen. Ich bitte um Verständnis. Diese spezielle Frage müsste eingehender geprüft werden.

98) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 1.  
99) Ergänzung des Sachverständigen: "genau", siehe Anlage 1.  
100) Ergänzung des Sachverständigen: "möglicherweise", siehe Anlage 1.  
101) Protokoll korrigiert, siehe Anlage 1.

Nun noch eine Bemerkung zum Punkt „befreundete oder feindliche Dienste“. Herr Ströbele, das ist eine politische Kategorie und keine juristische; das ist ganz klar. Sie haben ja selber gesagt: Das Strafrecht unterscheidet nicht. - Es unterscheidet aber auch nicht<sup>101</sup> das Sicherheitsrecht. Das ist eine politische Kategorie, das sind politische Entscheidungen, wenn man sich dahin gehend festlegt, dass man etwa die eigenen Dienste in Bezug auf bestimmte Staaten einsetzt oder nicht. Das ist eine politische Entscheidung, die von den Verantwortlichen in Grenzen auch nach Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten getroffen werden kann.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ich gebe das Wort weiter an Herrn Professor Hoffmann-Riem.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Damit Sie zur namentlichen Abstimmung kommen können, ganz kurz:

Die Kategorie der Freunde ist keine verfassungsrechtliche Kategorie. - Das ist das eine.

Das Zweite, zu Ihrer Idee, die Überwachung im Ausland so ähnlich zu organisieren wie die Überwachung im Inland. Da habe ich Sie so verstanden, dass Sie die G-10-Kommission meinen. Die<sup>102</sup> G-10-Kommission ist ja keine Pflicht des Gesetzgebers. Sie ist ja<sup>103</sup> nur für den Fall in Artikel 10 Grundgesetz vorgesehen worden, dass man die Mitteilung an die Betroffenen<sup>104</sup> und damit den Rechtsschutz vereitelt. Das ist keine Lösung, die für alles<sup>105</sup> gewählt werden muss. Wichtig ist nur, dass auch für Auslandsüberwachung gesetzliche Grundlagen geschaffen werden. Die können durchaus abweichen von dem, was bisher für die Inlandsüberwachung vorgesehen ist.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Herr Professor Bäcker.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Dem würde ich mich vollkommen anschließen.

102) Ergänzung des Sachverständigen: "Einrichtung einer", siehe Anlage 2.  
103) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 2.  
104) Ergänzung des Sachverständigen: "unterlässt", siehe Anlage 2.  
105) Ergänzung des Sachverständigen: "Sonstige", siehe Anlage 2.



Die G-10-Kommission bzw. die Regelung der Auslandsüberwachung ist etwas, worüber man sich Gedanken machen muss. Das muss nicht genauso sein wie die Inlandsüberwachung; mit Sicherheit nicht. Aber das<sup>106</sup> muss es geben.

Die Frage zu den Freunden verstehe ich so, ob es tragfähig ist, diese Differenzierung zu treffen. Das glaube ich schon, im Rahmen der strategischen Überwachung ohnehin; denn da wird nach bestimmten Gefahrenbereichen vorgegangen. Vielleicht drohen bestimmte Gefahren nicht aus allen Ländern. Ich vermute, Kriegsgefahr droht aus Frankreich nicht. Damit gäbe es auch keinen Anlass, die Fernkommunikation mit Frankreich zu überwachen. Das scheint mir eigentlich der tiefere Sinn des Ganzen zu sein.

Wie ist es mit der strategischen Aufklärung? Darauf wollten Sie noch einmal hinaus. Sind die Sicherungen, die Sie angesprochen haben, hinreichend, um die strategische Aufklärung zu tragen, wenn man davon ausgeht, dass gewisse Entgrenzungen stattgefunden haben, rechtlich und auch faktisch? Daran habe ich Zweifel. Es stimmt natürlich, es werden bestimmte Gebiete benannt; aber es sind halt ganze Gebiete, ganze Weltregionen, die in der Bestimmung genannt werden können. Das schafft noch keine besonders tiefgehende Eingrenzung.

Zum faktischen Umstand, dass der BND tatsächlich nur ganz wenig abhört: Das kann so sein, aber das ist eben wieder die Limitierung über Ethos und Budgetierung und nicht über das Recht, die ich für unzureichend halten würde.

(Abg. Hans-Christian Ströbele (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) meldet sich zu Wort)

- Wie bitte?

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Sie können nicht nachfragen, Herr Kollege Ströbele. Die Redezeit von acht Minuten für Ihre Fraktion hatten Sie deutlich überzogen. Jetzt müssen wir zur Beantwortung kommen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Dann ohne Nachfrage. - Die Suchbegriffe müssen

von der G-10-Kommission genehmigt werden. Aber die G-10-Kommission führt, wenn ich das richtig sehe, insofern eine Rechtskontrolle durch, wie sie ja insgesamt eigentlich eher als richterähnlicher Kontrollapparat installiert ist, sodass ich nicht sehe, dass daraus eine besondere Legitimation herrühren würde. Das ist ein Kontrollmechanismus, der dazu dient, dass der BND legal handelt, aber kein Mechanismus, der eine Einbindung, eine demokratische Legitimation oder so etwas gewährleisten würde. Davon abgesehen: Die G-10-Kommission als Gremium des Bundestags zu bezeichnen, ist sicher irgendwie richtig. Aber die G-10-Kommission hat mit dem Bundestag in seiner gesetzgebenden Funktion ja nichts zu tun, es müssen noch nicht einmal Bundestagsabgeordnete in der Kommission sitzen; sie tun es vielfach auch gar nicht.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Ganz herzlichen Dank auch für die disziplinierte, aber inhaltstiefe Beantwortung der Fragen. Ich weiß, dass es nicht leicht ist, wenn man als Sachverständiger informieren will und dann unter einem gewissen Druck steht. Aber unter einem solchen Druck stehen wir auch aufgrund der Debatte, die jetzt im Plenum ansteht, und der namentlichen Abstimmung.

(Zuruf des Abg. Christian Flisek (SPD))

- Richtig, die Runde ist noch nicht beendet; das wollte ich gerade sagen.

Ich möchte daher, wie es auch vereinbart war, die Sitzung an dieser Stelle, um 15.15 Uhr, unterbrechen. Wir würden um circa 16.35 Uhr nach der namentlichen Abstimmung wieder beginnen. Dann setzen wir die zweite Runde der Befragung fort und beginnen mit den Kolleginnen und Kollegen der SPD.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Ist das wirklich nötig? Es gibt wirklich Zeitprobleme.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Ich muss auch sagen: Ist das wirklich nötig? Ich hätte Zeitprobleme.

106) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 3.





**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Wir haben in der Obleuterunde besprochen, dass wir um 15.15 Uhr unterbrechen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Das war uns nicht vermittelt worden, dass wir so lange machen. Ich muss auch wieder weiterreisen.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ich muss das in der Runde der Obleute besprechen. Ich bitte die Obleute, in einem geschlossenen Raum zu klären, wie die Unterbrechung aussehen soll. Die Sitzung ist für fünf Minuten unterbrochen.

(Unterbrechung von  
15.14 bis 15.15 Uhr)

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ich darf die Sitzung bereits wieder fortsetzen. Das zeigt, wie schnell dieser Ausschuss arbeiten kann.

Es scheint nur noch bei einer Fraktion Fragebedarf zu bestehen, nämlich bei der Fraktion der SPD. Die anderen Fraktionen haben signalisiert, dass es keine dritte oder vierte Fragerunde mehr geben wird. Von daher halten wir es für machbar, mit der Fragerunde fortzufahren. Ich setze also die zweite Fragerunde fort und darf dem Kollegen Flisek von der SPD das Wort geben.

**Christian Flisek (SPD):** Herr Vorsitzender, herzlichen Dank für diesen in der Tat sehr pragmatischen Vorschlag und dafür, dass wir das so abwickeln können. - Eine Frage habe ich noch. Ich möchte auf eine Feststellung zurückkommen, die Sie an den Anfang der Ausführungen gestellt haben. Sie haben gesprochen von einem Verbot einer flächendeckenden, vorsorglich anlasslosen Speicherung aller Kommunikationsdaten; das sei ein Stück weit auch verfassungsrechtliche Identität. Ich wiederhole das deswegen so gerne, weil mir die Formulierung so gut gefallen hat. Jetzt sind wir ein Untersuchungsausschuss des deutschen Parlaments, der sich um die Aufklärung genau jener massenhaften Grundrechtsverletzungen kümmert und es als Auftrag und Aufgabe hat, aufzuklären,

inwieweit das Ganze durch ausländische Nachrichtendienste vorgenommen worden ist.

Jetzt stellt sich mir eine Frage in Bezug darauf, welche Pflichten sich auch für die Bundesregierung daraus herleiten lassen, unsere Arbeit im Untersuchungsausschuss zu unterstützen. Sie haben ja über Schutzpflichten geredet, haben gesagt, solche Schutzpflichten seien wenig justiziabel. Wäre das hier ein Anwendungsbereich für solche Schutzpflichten? Wie sehr konkretisiert sich das? Ich darf Sie alle drei um eine allgemeine Bewertung bitten. Ganz konkret die Frage: Gibt es angesichts der Streubreite der Eingriffe und der dahinter stehenden Bedeutung der Grundrechte vielleicht sogar eine Pflicht, die Arbeit des Ausschusses überobligatorisch zu unterstützen?

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Wer fängt an? Herr Professor Bäcker.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Die Schutzpflicht bezieht sich jetzt wieder auf das Vorgehen ausländischer Nachrichtendienste?

**Christian Flisek (SPD):** Ja.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Genau. - Wenn die überobligatorische Unterstützung eine Pflicht ist, dann ist das sozusagen wieder eine Unterstützung im Rahmen der Pflicht. Damit ist sie nicht mehr überobligatorisch, wenn ich sozusagen mit dem Beckmesser zustoßen darf. Ich denke, eine grundrechtliche Schutzpflicht ist hier möglicherweise eröffnet, also wenn es sich tatsächlich um eine solche anlasslose Bevorratung durch ausländische Nachrichtendienste handelt.

Wenn Sie fragen, was konkret zu tun ist, kann ich nur dieselbe Antwort geben wie bisher, nämlich dass sich bei der Frage des Wie Spielräume auftun, die unter anderem Sie in Ihrer Funktion als Parlament und Gesetzgeber auszufüllen haben. Ich glaube nicht, dass man eine konkrete Maßnahme nennen kann. Das läuft ansonsten auf eine Wiederholung hinaus.<sup>107</sup>

107) Ergänzung des Sachverständigen: „In der Anhörung habe ich die letzte Frage des Abgeordneten Flisek missverstanden. Ich schließe mich nunmehr im Ansatz den Ausführungen der Sachverständigen Hoffmann-Riem und Papier

an. Ergänzend möchte ich Folgendes anmerken: Inwieweit die Bundesregierung verfassungsrechtlich zur Unterstützung des Untersuchungsausschusses verpflichtet ist, kann aus meiner Sicht durchaus auch vom Untersu-



**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Herzlichen Dank, Herr Professor Bäcker. - Herr Professor Hoffmann-Riem.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Ich verstehe Ihre Frage so, dass es nicht um eine Schutzpflicht hinsichtlich der Grundrechte der Bürger geht, sondern dass es um die Funktionsfähigkeit eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses geht. Insofern gehört Ihre Frage in den größeren Kontext, der schon mehrfach zu Prozessen geführt hat, nämlich welche Informationspflichten die Regierung gegenüber dem Parlament hat. Ich würde sie gerne dahin gehend erweitern, welche Unterstützungspflichten die Regierung gegenüber einem Untersuchungsausschuss hat.

Wenn Sie den Eindruck haben, dass Sie die Regierung nicht hinreichend unterstützt, dann würde ich an Ihrer Stelle darüber nachdenken, ob man das gerichtlich klären lässt. Bei der Arbeit eines solchen Ausschusses, insbesondere wenn ich mir die Umfänglichkeit Ihres Fragenkataloges ansehe und mir ins Gedächtnis rufe, dass darunter sehr viele Fragen sind, auf die es, wie es scheint, für die Bundesregierung unangenehme Antworten geben kann<sup>108</sup>, kann es sein, dass ein Konflikt im Raume ist. Dieser Konflikt darf nicht darüber gelöst werden, dass die Bundesregierung Sie nicht informiert; Sie sollen vielmehr Dinge, die aufklärungsbedürftig sind, aufklären und Vorschläge machen, wie man das bewältigen kann. Das sind parlamentarische Rechte, die einem Untersuchungsausschuss, der ja auch als Organ vorgesehen ist, zustehen. Die Reichweite - ob sie im Augenblick hier betroffen ist oder nicht, kann ich nicht beurteilen - kann gegebenenfalls gerichtlich überprüft werden.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank, Herr Professor Hoffmann-Riem. - Herr Professor Papier.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Ich sehe das auch so. Es geht hier um die

chungsthema abhängen. Wenn – wie in diesem Ausschuss – hoheitliches Handeln bearbeitet wird, das sich einerseits grundsätzlich aufgrund von Geheimhaltungsvorschriften durch besonders weitreichende Intransparenz auszeichnet und zugleich andererseits besonders intensiv in Grundrechte eingreift, spricht meines Erachtens

Frage der Rechte eines Untersuchungsausschusses gegenüber der parlamentarisch verantwortlichen Bundesregierung. Da gibt es gesetzliche Regelungen: umfassender Untersuchungsauftrag mit weitgehenden Rechten, die Sie haben. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist wiederholt mit diesen Fragen befasst worden. Die Rechtsprechung hat in gewissen Fällen ein Aktenvorlageverweigerungsrecht, ein Auskunftsverweigerungsrecht der Exekutive anerkannt, aber eben nur in eng begrenzten Fällen.

Es würde jetzt, glaube ich, zu weit führen, aus dem Stand ein Kolleg über die Rechte des Untersuchungsausschusses abzuhalten; das würde die Zeit sprengen. Ich erinnere nur daran, dass es zu allen wichtigen, großen Untersuchungsausschüssen - dazu würde ich auch diesen zählen - Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes gibt. Es hat leider, wenn ich das richtig beurteile, zu diesen großen Untersuchungsverfahren, den politisch bedeutsamen Untersuchungsverfahren immer auch Rechtsstreitigkeiten mit der jeweils amtierenden Bundesregierung gegeben. Ich möchte hier keine Namen bedeutsamer Untersuchungsausschüsse nennen, aber aus dem einen Verfahren sind ganz berühmte Entscheidungen<sup>109</sup> des Bundesverfassungsgerichts hervorgegangen; Sie wissen, was ich meine.

Kurzum: Wenn es Auslegungsschwierigkeiten gibt, wenn Sie sich nicht hinreichend, nicht vollständig, nicht rechtzeitig durch die Bundesregierung informiert fühlen, dann steht Ihnen in dieser Frage - ich sage es etwas salopp - der Rechtsweg offen.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Ganz herzlichen Dank für den Hilfehinweis für Untersuchungsausschüsse aus dem Mund des ehemaligen Verfassungsrichters.

Wenn es keine weiteren Fragen und Wortmeldungen aus den Reihen der Fraktionen gibt, dann sind wir am Ende der Sachverständigenanhörung.

Nach seiner Fertigstellung Ihnen wird vom Sekretariat das Stenografische Protokoll über-

viel für eine besonders weitreichende Unterstützungspflicht.“, siehe Anlage 3.

108) Protokoll korrigiert, siehe Anlage 2.

109) vgl. Anmerkung des Sachverständigen, siehe Anlage 1.



sandt. Sie haben dann zwei Wochen Zeit, Korrekturen und Überarbeitungen an dem Text vorzunehmen. Richtigstellungen und Ergänzungen sind uns wichtig, da, wo stenografisch vielleicht ein Fehler passiert ist.

Ich darf mich bei Ihnen ganz herzlich bedanken, dass Sie uns in einer solch langen Sitzung inhaltstief dezidiert Rede und Antwort gestanden haben. Das war ein wichtiger Beitrag, mit dem wir die Grundlage für die weiteren Arbeiten im Untersuchungsausschuss gesetzt haben. Ohne diesen Beitrag wäre es uns nach meiner Meinung nicht möglich, die einzelnen Vorgänge später zu bewerten. Herzlichen Dank dafür, dass Sie das auf sich genommen haben und uns geholfen haben!

(Beifall)

Ich bedanke mich bei allen Zuhörern für die Anteilnahme. Ich wünschte mir, die Tribünen wären bis zum Schluss etwas stärker gefüllt gewesen. Das hätte auch ausgedrückt, dass die Öffentlichkeit noch größeren Anteil nimmt, nicht nur vor dem Gebäude, sondern auch im Gebäude. Ich hoffe, dass bei den nächsten Sitzungen die Tribünen auch in der späten Stunde bis zum Schluss gefüllt sind. Ich bedanke mich bei allen, die ausgeharrt haben.

Ich schließe damit die Sitzung.

(Schluss: 15.24 Uhr)

# **ANLAGE 1**



18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

hung, der Vorbereitung oder Planung schwerer Straftaten vorliegen.

Eine Ausnahme besteht im Hinblick auf die strategischen Beschränkungen des Telekommunikationsgeheimnisses durch den Bundesnachrichtendienst nach § 5 des Gesetzes zu Artikel 10. Darauf werde ich aber gegebenenfalls noch zurückkommen.

Nun zur Erhebung und Speicherung auf Vorrat: Nach der Rechtsprechung - ich habe es schon gesagt - des Bundesverfassungsgerichts verstößt eine flächendeckende, vorsorglich anlasslose Speicherung aller Telekommunikationsverkehrsdaten, die für die Strafverfolgung oder für die Gefahrenprävention nützlich sein könnten, gegen deutsches Verfassungsrecht. Die ~~Wahrung~~ der Freiheitsrechte der Bürger darf nicht total erfasst und registriert werden. Dieses Verbot gehört sogar, wie es in der Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung aus dem Jahre 2010 heißt, zur „verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland“, das die staatlichen Organe der Bundesrepublik nicht nur unmittelbar bindet, sondern für dessen Wahrung sich Deutschland auch „in europäischen und internationalen Zusammenhängen einsetzen muss“. Eine vom Staat vorgenommene oder durch staatliche Regelungen veranlasste Sammlung von personenbezogenen Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder nicht bestimmbar Zwecken ist nach dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die übrigens vom Europäischen Gerichtshof letztlich im Wesentlichen geteilt wird, strikt untersagt.

Ich bin gerne bereit, in einem späteren Zusammenhang auf die Einzelbegründungen des Gerichts für diese doch sehr rigide und sehr einschränkungslose Aussage zurückzukommen. Ich darf vielleicht nur als Fazit noch einmal betonen: Die mit dem Gesetz vom 21. Dezember 2007 eingeführte Regelung der sogenannten Vorratsdatenspeicherung zum Abruf der Daten erfüllte alle vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten engen Voraussetzungen für die Verfassungsmäßigkeit eines solchen Vorgehens nicht. Diese Voraussetzungen sind insbesondere aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abgeleitet worden. Deshalb sind die Regelungen vom Gericht für verfassungswidrig und nichtig erklärt worden. Sie waren damit zu keinem Zeitpunkt geltendes deutsches Recht.

Also noch mal zusammengefasst: Eine flächendeckende, vorsorglich anlasslose und verdachtsunabhängige Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten - sei es beim privaten Diensteanbieter, sei es beim Staat - darf und ~~darfte~~ nach deutschem Verfassungsrecht nicht erfolgen. Damit entfällt selbstverständlich auch jede rechtliche Möglichkeit des Abrufs solcher Daten durch staatliche Behörden, und das gilt natürlich erst recht für die Inhalte der Telekommunikation. Lu

Lassen Sie mich jetzt zu einem zweiten Punkt kommen. Die Grundrechte des Grundgesetzes binden nach Artikel 1 Absatz 3 des Grundgesetzes Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Aber diese unmittelbare Bindungswirkung gilt nur für die vom Grundgesetz konstituierte deutsche öffentliche Gewalt. Auch Artikel 10, also das Grundrecht auf Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses, entfaltet seinen unmittelbaren freiheitsrechtlichen Schutz nur gegenüber Eingriffen, die der deutschen öffentlichen Gewalt zurechenbar sind. Sie können es auch anders ausdrücken: Der Schutzbereich der Grundrechte des Grundgesetzes endet dort, - ich zitiere aus einer früheren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts - „wo ein Vorgang in seinem wesentlichen Verlauf von einem fremden Staat nach seinem, von der Bundesrepublik Deutschland unabhängigen Willen gestaltet wird“.

Deutsche Behörden einschließlich der Nachrichtendienste sind an Artikel 10 - und natürlich auch an die anderen Grundrechte, die hier relevant werden können - auch dann gebunden, wenn und soweit sie die grenzüberschreitende Telekommunikation überwachen. Artikel 10 schützt als Menschenrecht und damit gemäß seinem weiten personellen Schutzbereich nicht nur Deutsche, sondern auch Ausländer. Das gilt uneingeschränkt für die Telekommunikationsverkehre von Deutschen und Ausländern im deutschen Staatsgebiet, aber auch für solche, bei denen ein Endpunkt der Kommunikation im Ausland, der andere im Inland liegt.

Sofern beide Endpunkte des Telekommunikationsverkehrs im Ausland liegen, sind die den Eingriff in das Grundrecht vornehmenden deutschen Behörden aber grundsätzlich gleichfalls an Artikel 10 gebunden. Der räumliche Schutzzumfang des Fernmeldegeheimnisses ist also nicht



18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

besonders genauen Prüfung des Übermaßverbotes.

Für Übermittlungen von Daten, die durch Eingriffe deutscher Behörden in das Telekommunikationsgeheimnis erlangt worden sind, an ausländische Stellen - jetzt betrachte ich also mal die umgekehrte Richtung: deutsche Stellen haben Daten erhoben und geben sie weiter an ausländische öffentliche Stellen - ist deshalb eine reichsspezifische normenklare gesetzliche Ermächtigung im deutschen Recht zu verlangen. Diese muss auch voraussetzen, dass die weitere Verwendung der so erlangten Daten durch die ausländischen Stellen, die ausländischen Behörden in einer adäquaten wesensgleichen rechtsstaatlichen Art und Weise erfolgt.

Fazit: Der Datenaustausch mit ausländischen Diensten, die ihre personenbezogenen Daten weitgehend unter Methoden und in einer Art und Weise erlangen, die jenen von mir kurz genannten Mindeststandards der deutschen und unionsrechtlichen Grundrechte eindeutig nicht genügen, ist insoweit von Verfassungsrechts wegen ausgeschlossen.

Lassen Sie mich, wenn Sie gestatten, noch ein paar Worte zu den Schutzpflichten sagen.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Es sind bald 20 Minuten. Aber ich gestatte das gerne.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Ich versuche, es ganz knapp zu halten.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Natürlich. Ich wollte nur indirekt darauf hinweisen. Natürlich gestatte ich das.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Das Thema ist leider sehr komplex und deshalb auch etwas zeitraubend. ~~Der Staat muss seine~~ grundrechtlichen Schutzpflichten. Diese Ausführungen beziehen sich ja jetzt auf den Umstand, dass die ausländischen Behörden, die ausländischen Dienste nicht unmittelbar an die deutschen Grundrechte als Freiheitsrechte gebunden sind. Sie sind nicht Adressat der Grundrechte. Adressat kann nur die deutsche öffentliche Gewalt sein, die also bei Einwirkungen ausländischer Mächte letztlich nur über die grundrechtlichen Schutzpflichten, ich sage mal, in die Pflicht genommen werden kann. Der Staat

muss also seinen grundrechtlichen Schutzpflichten durch hinreichende Vorkehrungen genügen, wie es in der Rechtsprechung so schön heißt. Allerdings kann aus dem Verfassungsrecht regelmäßig keine „bestimmte Handlungsvorgabe“ abgeleitet werden. Wie die grundrechtlichen Schutzpflichten erfüllt werden sollen, haben prinzipiell die zuständigen staatlichen Organe, insbesondere natürlich der Gesetzgeber, grundsätzlich in eigener Verantwortung zu entscheiden. Aber immerhin hat das Bundesverfassungsgericht eine Verletzung von grundrechtlichen Schutzpflichten dann angenommen bzw. eine solche Feststellung für ~~notwendig~~ <sup>möglich</sup> gehalten, - ich zitiere - „wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben“.

Der Gesetzgeber hat auch bei Anerkennung natürlich einen großen Spielraum; ich sagte es schon. Er kann auch nicht zu etwas rechtlich oder tatsächlich Unmöglichem verpflichtet werden. Bei Grundrechtsverletzungen und Grundrechtsgefährdungen, die von ausländischen Mächten oder international agierenden ausländischen Unternehmen ausgehen, werden natürlich auch die territorialen Grenzen der deutschen öffentlichen Gewalt in Rechnung zu stellen sein. Immerhin könnten hier eine Verschärfung der strafrechtlichen Sanktionierungen von unbefugter Datenausspähung und unbefugtem Datenabfangen - das sind beides jetzt schon Straftatbestände; sie könnten aber verschärft werden - und auch vor allen Dingen für diese Delikte - wie übrigens in den Fällen der §§ 5 und 6 des Strafgesetzbuches - eine gesetzliche Umstellung vom sogenannten Tatortprinzip auf das Schutzprinzip in Betracht kommen. Das hätte zur Folge, dass das deutsche Strafrecht insoweit auch für Taten gelten würde, die im Ausland gegen Deutsche begangen werden, selbst wenn diese Taten am Tatort nicht mit Strafe bedroht sind. Das ist derzeit nicht der Fall. Diese Umstellung vom Tatort auf das Schutzprinzip zu erwägen, würde ich dringend empfehlen.

Auf nationaler und unionsrechtlicher Ebene sind überdies verschärfte Vorschriften zur Datensicherung bei den Telekommunikationsdienstleistungen anbietenden Unternehmen zu erlas-

*möglich*

*von Schutzpflichten*

*[Es geht um die Landes Staates*



sen, und zwar auch - auch das ist ein ganz wichtiger Punkt - für Unternehmen, die zwar ihren Sitz außerhalb Deutschlands bzw. der Europäischen Union haben, aber ihre Dienstleistungen in Deutschland bzw. in der Europäischen Union anbieten.

Nun ein letztes Wort - dann bin ich fertig, Herr Vorsitzender -: Die Schutzpflichten des Staates, die aus dem Telekommunikationsgeheimnis - Artikel 10 - und aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme - Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 - folgen, begründen in meinen Augen - da wird der anschließend das Wort ergreifende Redner mir zustimmen, nehme ich mal an; ich vertrete diese Auffassung auch ganz dezidiert - eine Staatsaufgabe bzw. eine staatliche Verpflichtung zur Gewährleistung einer nicht nur technisch funktionsfähigen, sondern auch einer grundrechtswahrenden informationstechnischen Infrastruktur, vergleichbar der Gewährleistungsverantwortung des Staates für beispielsweise eine flächendeckende, angemessene und ausreichende Telekommunikation nach Artikel 87 f Absatz 1 oder auch für ein angemessenes Schienennetz, um einmal diesen etwas banalen Aspekt zu erwähnen. Beides sind Gewährleistungsverantwortungen des Staates, die sogar im Grundgesetz stehen. Was für diese Bereiche recht ist, sollte für ~~flächendeckend~~ umfassenden und zentralen Persönlichkeitsschutz der Bürger dieses Landes billig sein. - Danke schön.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Haben Sie ganz herzlichen Dank für Ihren einführenden Vortrag.

Bevor ich Herrn Professor Hoffmann-Riem das Wort für sein einführendes Statement gebe, darf ich ganz herzlich Frau Bundestagsvizepräsidentin Petra Pau begrüßen. Es ist eine besondere Ehre, dass Sie da sind. Das zeigt, glaube ich, auch, wie wichtig dem Deutschen Bundestag die Arbeit des Untersuchungsausschusses ist. Ich darf Sie ganz herzlich hier bei uns begrüßen.

Nun darf ich Herrn Professor Hoffmann-Riem das Wort für sein Eingangsstatement geben. Bitte schön.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Herr Vorsitzender! Meine Damen

und Herren Abgeordnete! Zunächst mal herzlichen Dank, dass ich die Dinge vortragen darf, die mir zu diesem Thema wichtig sind. Ich werde nicht das schriftlich vorgelegte Gutachten reproduzieren. Aber ich werde inhaltlich vieles von dem reproduzieren, was Herr Papier eben gesagt hat. Wir liegen in der Grundkonzeption also nicht auseinander.

Ich möchte den Suchscheinwerfer auf einige spezifische Fragen richten und zunächst sagen: Ich finde das Internet eine tolle Sache, ebenso die globale Kommunikation. Ich nutze es, soweit ich es technisch beherrsche; aber ich nutze es viel. Dieses Kommunikationssystem ist aber eben nicht nur für Gutes da. Es kann auch als Hort des Bösen wirken. Jedenfalls können sich dort Gefahren für den Einzelnen, für Staat und Gesellschaft verwirklichen, vor denen der Staat, vor denen das Recht schützen muss. Hier interessiert vor allem der Freiheitsschutz. Dabei gehe ich davon aus, dass das deutsche Grundgesetz inhaltlich eine sehr gute Grundlage für Freiheitsschutz darstellt. Die Themen, die dort angesprochen worden sind, hat Herr Papier eben auch schon benannt.

Aber die Grundrechte der nationalen Verfassung sind in ihrer Grundkonzeption letztlich noch aus der Postkutschenzeit. Das heißt, sie sind territorial orientiert und haben die globale neue Realität konzeptionell noch nicht verarbeitet. Insofern denke ich, dass es Aufgabe nicht nur von Gerichten, sondern auch von politischen Akteuren ist, mitzuhelfen, diesen räumlichen Bezug zu überwinden und die globale internationale Dimension von Grundrechtsschutz einzubauen.

Ich möchte jetzt im Folgenden fünf Sachen zeigen: Erstens. Freiheitsschutz muss heute global gedacht und praktiziert werden. Zweitens. Die deutschen und europäischen Grundrechte haben grundsätzlich das Potenzial dazu. Drittens. Das setzt aber ein konzeptionelles Umdenken bei der konkreten Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes voraus. Viertens. Freiheitsschutz ist eine Gewährleistungsaufgabe des Staates, des Nationalstaates, der EU, aber auch der gesamten Völkergemeinschaft. Diese Aufgabe ist nicht nur in Grundrechtsnormen, sondern auch in weiteren Normen angelegt. Fünftens. Das Hauptproblem liegt nicht im Recht selbst, sondern in der feh-



tische Gestaltung, denke ich, darf man das in der Gesamtkonzeption sehen.

Zweiter Fragebereich: Souveränität. Das sehe ich auch so, wie Herr Bäcker es schon gesagt hat. Ich möchte noch mal deutlich machen: Wenn ein ausländischer Geheimdienst in einem anderen Land, etwa in Deutschland, tätig wird, dann hat er natürlich zu prüfen, ob er das nach nationalem Recht darf. Ob die NSA das nach nationalem amerikanischem Verfassungsrecht wirklich alles darf, ist durchaus umstritten, weil das in der gesetzlichen Grundlage nur partiell angelegt ist und zum Teil durch präsidiale Akte dazu gekommen ist. Das will ich aber gar nicht prüfen. Das ist ja nicht unser Problem. Das muss die NSA in den USA ausmachen. Aber in keinem Fall kann sie durch eine nationale Ermächtigung amerikanischer Art eine Ermächtigung bekommen, im deutschen Grundrechtsbereich deutsche Gesetze zu verletzen.

Deswegen muss man fragen: Gibt es solche Gesetze, die sie dazu ermächtigen? Wenn Sie sich das BND-Gesetz und all die anderen Gesetze ansehen, finden Sie dort keine Ermächtigung für die NSA oder irgendeinen anderen ausländischen Geheimdienst. Wenn man das wollte, müsste man also ein Gesetz schaffen, das meinetwegen der NSA diese Möglichkeiten gibt. Das ist wieder eine politische Frage. Aber ich denke doch, dass man das nur unter dem Aspekt von Gegenseitigkeit näher überlegen würde, also keineswegs so, dass ein kleineres Land wie die Bundesrepublik sich gewissermaßen unterwirft und sagt: Ihr dürft bei uns machen, was ihr wollt, auch wenn wir wissen, dass ihr im Übrigen von uns erwartet, dass wir natürlich in den USA nicht dergleichen tun.

Zu der letzten Frage, wie weit ausländischen Geheimdiensten etwas erlaubt werden kann - in allgemeiner Form gestellt; welche Art von Abkommen -, bleibt wieder das Gleiche zu sagen: Hier gelten Gesetzesvorbehalte. Natürlich können Sie auch Gesetzesvorbehalte durch internationale Abkommen vorbereiten und dann in nationales Recht transferieren. Aber Sie brauchen eben eine gesetzliche Ermächtigung, selbst wenn Sie nur dazu ermächtigen wollen, dass Einzelgenehmigungen erteilt werden. Das ändert nichts an der Notwendigkeit einer solchen Rechtsgrundlage. Und auch die sehe ich im deutschen Recht nicht.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank, Professor Hoffmann-Riem. - Herr Professor Papier, ich darf Ihnen das Wort geben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Ich kann in den meisten Fragen eigentlich Bezug auf das nehmen, was meine Vorredner gesagt haben. Ich will aber ergänzend noch etwas zum Schutzbereich ausführen, also zu Ihrer ersten Frage, Herr Vorsitzender. Wir haben es hier ja mit, sagen wir mal, unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Gewährleistungen zu tun, die im Einzelfall schwierig abzugrenzen sind, aber im Grunde alle die gleiche Wurzel im Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 haben, also im Schutz der menschlichen Persönlichkeit. ~~Es~~ ist natürlich einmal das zwar spezialgesetzlich geregelte Grundrecht des Telekommunikationsgeheimnisses. Es ist auch ganz klar, dass mit diesem Grundrecht die Privatheit geschützt werden soll. Es gibt entsprechende ausländische Verfassungen. Auch die europäischen ~~Verfassungen~~ oder Grundrechteverbürgungen subsumieren gewissermaßen das Telekommunikationsgeheimnis unter den Schutz der Privatheit. Daneben gibt es das Grundrecht, das das Bundesverfassungsgericht aus diesem allgemeinen Persönlichkeitsschutz entwickelt hat, nämlich das Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Und dann können Sie natürlich noch das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung, also das etwas plakativ als Datenschutzgrundrecht bezeichnete Recht, heranziehen. H Ja

Hier gibt es immer wieder Überschneidungen und Abgrenzungsprobleme, insbesondere zwischen dem Grundrecht auf Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme auf der einen Seite und dem Grundrechtsschutz auf Wahrung des Telekommunikationsgeheimnisses. Herr Hoffmann-Riem hat es ja schon angedeutet. Wir haben uns gerade auch bei der Entscheidung zur Onlinedurchsuchung doch einige Gedanken gemacht: Wie sind diese Grundrechte gegeneinander abzugrenzen? Oder: Brauchen wir überhaupt ein solches Grundrecht auf Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme? Haben wir nicht durch das Telekommunikationsgeheimnis auf der einen Seite und das Grundrecht auf informatio- H Ja





nelle Selbstbestimmung auf der anderen Seite hinreichenden Schutz?

Wir meinten damals: Nein, es ist hier noch eine Gewährleistungslücke vorhanden, weil Artikel 10 - Herr Hoffmann-Riem, Sie haben es ja eben ausgeführt - nur die laufende Telekommunikation schützt, nicht aber vor heimlicher, sagen wir mal: Ausspähung informationstechnischer Systeme oder gar vor Manipulationen der informationstechnischen Systeme. Da schien uns auch das Grundrecht auf Datenschutz nicht eine hinreichende Gewähr zu bieten. Deshalb haben wir gemeint, aus dem allgemeinen Grundsatz des Persönlichkeitsschutzes ein spezielles, wenn Sie so wollen, Computergrundrecht zu entwickeln, das den modernen Gefährdungen und Schutzbedürfnissen der Bürger Rechnung tragen soll.

Es gibt Grenzbereiche, zum Beispiel bei der Quellen-TKÜ, also der Telekommunikationsüberwachung, die an der Quelle beginnen soll. Sie ist eine Antwort der Sicherheitsbehörden auf die Vielzahl von Verschlüsselungen der laufenden Telekommunikation, was eben das normale Abhören des Telekommunikationsverkehrs voraussetzungsgemäß erschwert. Da ist immer die Frage: Womit ist eine solche Quellen-TKÜ zu rechtfertigen, die zwar darauf abzielt, die laufende Telekommunikation zu überwachen, die aber nur dadurch möglich ist, dass man in das informationstechnische System heimlich, ich sage mal: einbricht, um sich eben vor der Verschlüsselung des Inhalts zu bemächtigen? Wir haben damals gesagt: Es ist ausreichend, das nach Artikel 10 zu beurteilen, wenn rechtlich und tatsächlich wirklich gewährleistet ist, dass der Einbruch in das informationstechnische System auf die Überwachung der laufenden Telekommunikation beschränkt wird oder beschränkt werden kann, auch technisch beschränkt werden kann, und nicht für weitere Einbrüche in das informationstechnische System gewissermaßen benutzt werden kann. Wir waren damals - ich kann mich noch gut erinnern - skeptisch, ob das technisch überhaupt möglich ist. Und ich persönlich meine, dass man eine Quellen-TKÜ nicht, weder im Polizeirecht noch im Strafrecht, einfach auf die normale gesetzliche Ermächtigung zur Telekommunikationsüberwachung stützen kann, sondern dass man dafür eine spezielle Ermächtigung bräuchte, weil man eben letztlich ein Gefährdungspotenzial schafft, wenn

man erst <sup>Lein</sup>mal in das informationstechnische System einbricht. Wir haben damals großen Wert darauf gelegt, dass eben nicht nur die Vertraulichkeit geschützt wird, sondern auch die Integrität. Das ist eine bewusste Antwort darauf gewesen, dass man eben auch manipulieren kann, ohne dass es der Nutzer merkt. - So viel zu den Schutzbereichen.

Gestatten Sie mir noch eine letzte Bemerkung zum Schutzbereich, Herr Vorsitzender. Sie sagten ja, dass wir zum Schutzbereich des Artikel 10 gehörig nicht nur den Schutz der Inhalte der Telekommunikation erachten, sondern auch den Schutz der äußeren Umstände der Telekommunikation. Ich glaube, es war in unserer Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung, wo wir gesagt haben, dass diese Erfassung der Verkehrsdaten, jedenfalls dann, wenn sie flächendeckend und für eine gewisse Zeit erfolgt, von genau derselben, wenn nicht gar einer höheren Eingriffsintensität sein kann wie eine partielle Abhörung des Inhalts.

Und wenn ich das <sup>Lein</sup>mal sagen darf: Nach meiner Kenntnis - ich bin ja Sachverständiger, muss aber darauf hinweisen, dass ich das auch nur durch Sekundärliteratur belegen kann - besteht darin auch ein grundlegender Unterschied zwischen der Rechtsauffassung in den Vereinigten Staaten von Amerika und Deutschland - oder nicht nur Deutschland, sondern im Grunde auch Europa. Der Europäische Gerichtshof hat ja unsere Sicht der Dinge voll übernommen. Er sagt auch: Das Telekommunikationsgeheimnis schützt auch die Umstände der Telekommunikation. Und auch er sieht in der Aufzeichnung, der Erfassung dieser Umstände einen genauso schwerwiegenden Eingriff wie in Zugriffen auf die Inhalte. Aber das amerikanische Recht sieht das offenbar - jedenfalls bislang - anders. Der vierte Zusatzartikel zur Verfassung der Vereinigten Staaten - ich berufe mich hier auf eine Veröffentlichung in der kürzlich erschienenen *JuristenZeitung* - schützt nach herrschender Auffassung in den Vereinigten Staaten nur vor einer Inhaltskontrolle der Telekommunikation. Man unterscheidet also ganz klar, jedenfalls nach herrschender Auffassung in den Vereinigten Staaten, zwischen dem Inhalt der Telekommunikation und den Verbindungsdaten, den sogenannten Metadaten, und zieht im Grunde den Fourth Amendment, also den vierten Zusatzartikel, nur bei Erfassung



tung der Makel anhaftet. Das hatten Sie ja noch einmal verstärkt.

Wenn ich das jetzt einmal in meine Laiensichtpraxis übersetze: Heißt das dann, dass, wenn der BND und der Verfassungsschutz zum Beispiel von der NSA gewonnene Daten der Bürger und Bürgerinnen in Deutschland, die sie übermitteln bekommen haben auf Grundlage von was auch immer, verwenden, sie dann verfassungswidrig handeln? Das wäre die Frage dann konkret an Sie. - Danke.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Ich sehe von der Fraktion Die Linke derzeit keine weiteren Fragen. - Eine kurze Nachfrage vom Kollegen Hahn.

**Dr. André Hahn (DIE LINKE):** Ja, ich würde gern bei Herrn Professor Papier noch einmal nachfragen, weil Sie gesagt haben: Es besteht die Pflicht der Bundesregierung, wenn sie Kenntnis erlangt zum Beispiel von flächendeckenden Auspähmaßnahmen, dagegen tätig werden zu müssen. Ganz konkret gefragt: Heißt das also, wenn zum Beispiel ein Gebäude der NSA hier in Deutschland gebaut wird, von dem aus dann entsprechende Abhörmaßnahmen stattfinden sollen, dass die Bundesregierung diesen Bau stoppen müsste oder die Verwendung hier zu diesem Zweck unterbinden müsste - Stichwort Wiesbaden beispielsweise?

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Ich würde jetzt das Wort wieder an Sie, meine Herren Sachverständigen, geben. Jetzt würde ich bei Professor Papier anfangen, wenn ich darf. - Bitte schön.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Wenn Sie gestatten, würde ich gleich einmal die speziellen Fragen vorwegnehmen; jetzt kann ich mich noch besonders gut daran erinnern. Zum Zweiten sind die Fragen ja auch speziell an mich gerichtet.

Zunächst zu Ihrer Frage, Frau Abgeordnete, des Anhaftens des einmal erlangten Makels einer Information. Das würde ich ~~und~~ kann ich und möchte ich in der Tat bekräftigen. Wir haben ja in ständiger Rechtsprechung nicht umsonst gesagt, dass die Freiheitsrechte hier relevant sind - Telekommunikationsgeheimnis, aber das können

Sie auch für das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung - Stichwort: Großer Lauschangriff - und für das Grundrecht des Schutzes der Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme sagen. Wenn Informationen - ich sage mal - makelhaft erlangt worden sind, im Widerspruch zur geltenden Rechtslage in Deutschland, dann haftet dieser Makel auch den weiteren Schritten an, weil wir ja immer wieder gesagt haben: Das sind selbstständige erneute - sage ich mal - Grundrechtseingriffe.

Das Bundesverfassungsgericht hat gesagt: Erhebung, Speicherung, Verarbeitung, Vergleich, Selektierung der Daten, dann aber vor allen Dingen die Weitergabe sind jeweils für sich selbst zu sehende, also selbstständige Eingriffe in das Ausgangsgrundrecht. Dann ist es meines Erachtens folgerichtig, zu sagen: Wenn deutsche Behörden sich zwar an der Erhebung nicht beteiligt haben, die Erhebung ihnen nicht zurechenbar ist, sie aber dann von den Daten Gebrauch machen, ist das genauso makelhaft, wenn die Erstgewinnung eindeutig gegen deutsches Recht verstieß. H A6

Ich sage es mal etwas ~~ich sage mal~~ platter, plakativer: Ein Handeln deutscher Sicherheitsbehörden nach der Devise "Die ausländischen Dienste gehen zwar eindeutig zu weit und tun etwas, was in den Kernbestand der nationalen Verfassungsrechtsordnung eingreift, aber da dies nun schon mal geschieht, wollen und müssen wir daran auch partizipieren", eine solche Sicht der Dinge, ist in meinen Augen nicht tragbar, um das mal ganz klar zu sagen. Damit sind dann, auch wenn so ganz unterschiedliche nicht nur Praktiken, sondern auch Rechtsauffassungen zwischen den Nationen bestehen oder bestehen sollten, eben auch dem Datenaustausch aus deutscher verfassungsrechtlicher Sicht Grenzen gezogen. Das muss man ganz deutlich sagen. H 18

Sie können sagen, das sei eine ganz unpraktische Sicht der Dinge; aber es kann doch nicht sein, dass Sie verfassungsrechtliche Standards, die die deutschen Sicherheitsbehörden in jedem Fall beachten müssten, weil sie sogar zur, wie wir gesagt haben, Integrität der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland gehören, einfach dadurch umgehen können, dass Sie gewissermaßen auf helfende ausländische Dienste zurückgreifen, die natürlich an diese Voraussetzungen de jure nicht gebunden sind, nicht gebunden sein können, weil sie ja nun auch über



Souveränität verfügen. Das ist doch ganz eindeutig, dass sie nicht unmittelbar gebunden sein können. Aber dem Datenaustausch sind dann Grenzen gesetzt.

Jetzt zu Ihrer Frage: Bestehen da ganz konkrete Pflichten, etwa gegen bestimmte Einrichtungen ausländischer Dienste auf deutschem Boden einzuschreiten? - Ich meine, ja. Nur, ich bitte, eines zu beachten: Die Bundesrepublik Deutschland ist ein föderaler Staat. Es ist nicht immer so, dass die Bundesregierung zuständig ist. Herr Hoffmann-Riem hat es vorhin erwähnt, und ich kann das auch noch mal in Bezug auf Ihre allgemeinen Fragen ~~antworten~~: Verletzungshandlungen ausländischer Behörden auf deutschem Boden, die die deutsche Rechtsordnung verletzen, sind eine Störung der öffentlichen Sicherheit, mit der Folge, dass die zuständigen Sicherheitsbehörden - das wird in aller Regel nicht die Bundesregierung sein, sondern das sind gegebenenfalls die Behörden der Länder - einzuschreiten haben.

Ich meine auch, dass hier eine Ermessensreduzierung auf Null eintritt. Im Allgemeinen können ja Sicherheitsbehörden nach Ermessen entscheiden, ob sie bei Störung oder Gefahr für die öffentliche Sicherheit einschreiten; aber nach anerkannter Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte bestehen bei Beeinträchtigung schwerwiegender Rechtsgüter, vielleicht von Ausnahmen mal abgesehen, grundsätzlich auch Eingriffspflichten der Sicherheitsbehörden - und erst recht, wenn mit diesen Vorgehensweisen ausländischer Dienststellen gegen deutsches Strafrecht verstoßen wird. Das ist dann nicht nur eine Frage der Strafverfolgung, die selbstverständlich Platz zu greifen hat - Legalitätsprinzip im Strafrecht -, sondern es ist auch eine Frage des Sicherheitsrechts.

Das heißt, die zuständigen Polizei- und Sicherheitsbehörden haben von einer Störung der öffentlichen Sicherheit auszugehen, wenn Strafgesetze missachtet werden, wobei ich Ihnen jetzt nicht genau sagen kann und sagen will, welche Behörden nun im Einzelfall zuständig sind. Im Zweifel werden das die Landesbehörden sein und nicht der Bund, es sei denn, es geht um Vorfeldaufklärung über das Bundesamt für Verfassungsschutz. Aber die eigentlichen Sicherheitsbehörden werden wohl Behörden der Länder sein.

Ansonsten muss ich natürlich schon sagen: Die Handlungsaufträge, meine Damen und Herren Abgeordnete, die aus den Schutzpflichten folgen, sind nach ständiger Rechtsprechung Pflichten, die gewissermaßen dem Grunde nach bestehen, aber im Allgemeinen scheidet das Bundesverfassungsgericht davor zurück, ganz spezielle, mit der Verfassungsbeschwerde etwa durchsetzbare konkrete Handlungspflichten ~~durchzusetzen~~.

Selbst in so einem doch ein zentrales Grundrecht betreffenden Fall wie der Entführung von Hanns Martin Schleyer, wo ja so prononciert der Gedanke der Schutzpflichten des Staates für das Leben - es ging da um das Leben von Hanns Martin Schleyer - herausgestellt wurde, ist gleichwohl gesagt worden: Die Bundesregierung oder die zuständigen behördlichen Organe haben bei aller Anerkennung einer Schutzpflicht in Bezug auf das Leben der Geisel trotzdem einen Gestaltungs-, einen Ermessens-, einen Beurteilungsspielraum, wenn es um die Frage geht, ob es nicht gewissermaßen aus Allgemeinwohlinteressen richtiger oder wichtiger wäre, auf die Forderungen der Erpresser oder der Terroristen nicht einzugehen, um nicht eine ganze Kette späterer vergleichbarer Taten gewissermaßen zu provozieren. Selbst in diesem Fall hat das Gericht gesagt: Konkrete Handlungspflicht dergestalt, dass nun die einsitzenden Terroristen freizulassen sind, damit das Leben von Hanns Martin Schleyer gerettet wird, erkennen wir nicht an.

Ich will dieses Beispiel, das ja mit unserem Problem hier eigentlich wenig zu tun hat, nur mal anführen, um eben darzulegen, dass es doch schwieriger ist, ganz konkrete Handlungspflichten der Politik festzumachen. Aber ich weise eben nochmals darauf hin: Ich habe ja versucht, doch schon einige Pflöcke einzuschlagen, indem ich doch sage, dass es dann, wenn man von Rechtsverletzungen ausländischer Dienste weiß und sie eigentlich auch partiell duldet, eben ein Eingriff ~~ist~~ und, wenn Sie so wollen, die Schutzpflicht klar verletzt ist und man demzufolge auch einschreiten muss, weil dieses Handeln der deutschen öffentlichen Hand zurechenbar ist.

Ich würde auch ~~betonen~~ die Verschärfung des Strafrechts. Es wird auch immer wieder betont, dass das Strafrecht zwar nicht das immer gebotene, aber doch ein immerhin in aller Regel gebotenes Mittel ist, um die gebotene Schutz-

Hannschleyer

4-8

Len

L vorliegt

L für  
Tatlichkeiten



Argumentation, die so etwas instrumentell wirkt. Wenn es nützt, dann bezieht man sich auf die enge Auslegung, wenn es nicht nützt, vergisst man sie. Das könnte vielleicht auch bei einer zukünftigen Novellierung deutlicher gemacht werden.

Was nun die Aktivitäten von befreundeten Botschaften anbelangt, so gibt es in der Tat aufgrund der Immunität der Botschaften kein Zugangsrecht zu diesen Botschaften, und wir wissen - das hat der amerikanische Botschafter auch deutlich gemacht -: Er lässt offenbar auch keine deutsche Stelle auf das Dach des Gebäudes gehen und nachsehen, was da passiert. Dieser Immunitätsschutz ist durch Völkerrecht abgesichert. Trotzdem glaube ich, dass Abhörmaßnahmen oder sonstige Aktionen, die von dort aus in das deutsche Recht hineinwirken, nicht durch Völkerrecht gedeckt sind und auch insofern rechtswidrig sind. Ich glaube aber auch nicht, dass wir durch Störsender oder ähnliche Aktionen gegen die amerikanische Botschaft das Problem bewältigen könnten. Das muss auch wieder auf politischem Wege getan werden.

Was die letzte Frage nach den Schutzlücken in der Verfassung anbelangt: Jedenfalls im Grundrechtsbereich sehe ich keine Notwendigkeit. Die Grundrechte sind wirklich ein gelungenes Kernstück unserer Verfassung, und sie haben, wie auch die Weiterentwicklung durch das Bundesverfassungsgericht gezeigt hat, immer wieder genügend Anhaltspunkte gegeben, um auf tatsächliche Änderungen, technologische, soziale Änderungen, zu reagieren. Das heißt also, die Grundrechtsnormen werden auch als eine Art lebendes Recht verstanden, das Zielsetzungen des Freiheitsschutzes vorsieht, aber Veränderungen der Gefährdungen der Zielverwirklichung aufnehmen kann und durch eine gewisse Rechtsfortbildung dann auch entsprechende Schutzvorkehrungen hinreichender Art bereithält. - Vielen Dank.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Herr Professor Papier.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Zunächst ein paar Worte noch zur Auslandsaufklärung des BND: Das ist im Grunde seine Aufgabenstellung, und nur Auslandsaufklärung. Das ist ja der Auslandsgeheimdienst. Aber

man muss eben unterscheiden, auch bei den Nachrichtendiensten - das ist jedenfalls unsere rechtsstaatliche Tradition in Deutschland -, zwischen der Aufgabenstellung und den vom Gesetzgeber eingeräumten Befugnissen. Das haben wir schon im Polizei- und Ordnungsrecht kennengelernt. Allein aus der Aufgabenstellung der Polizei- und Ordnungsbehörden folgen noch nicht alle möglichen Eingriffsermächtigungen, sondern die Behörden haben bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nur diejenigen Befugnisse, die ihnen normenklar und bereichsspezifisch eingeräumt sind. Und wenn sie keine ~~spezielle~~ <sup>H 28</sup> Ermächtigung haben, dürfen sie nicht unter Hinweis auf ihre Aufgabenstellung Grundrechtseingriffe vornehmen.

Dasselbe gilt für den BND. Natürlich ~~für~~ <sup>Teil</sup> die Auslandsaufklärung vielfach ohne Grundrechtseingriffe oder <sup>Teil</sup> nicht mit Grundrechtseingriffen verbunden. Wenn Zeitungsausschnitte in den Vereinigten Staaten gesammelt werden oder man Gespräche mit Leuten führt, die vielleicht ein gewisses vertrauliches oder vertrauensvoll zu behandelndes Wissen haben, aber es freiwillig ausplaudern, dann hat das keine Grundrechtsrelevanz. Aber wenn der Auslandsgeheimdienst in Wahrnehmung seiner Aufgabenstellung, der Auslandsaufklärung, dann spezifische Grundrechtseingriffe vornehmen will, dann muss man schon verlangen, dass er nach deutschem Recht diese Grundrechte auch zu wahren hat. Wenn Soldaten der Bundeswehr in Afghanistan Grundrechtseingriffe vornehmen, sind sie nach deutschem Recht zu behandeln. Es kann natürlich sein, dass diese Grundrechtseingriffe legitimiert sind aufgrund völkerrechtlicher Gegebenheiten oder völkerrechtlicher Normen. Dann ist der dafür vorhandene, nach deutschem ~~Recht~~ <sup>Recht</sup> nötige Gesetzesvorbehalt im Völkerrecht zu finden, meinetwegen auch im Kriegsvölkerrecht. Aber ohne eine gesetzliche Ermächtigung dürfen beispielsweise auch im Ausland tätige Soldaten der Bundeswehr keine Freiheitseingriffe, keine Grundrechtseingriffe vornehmen, gar das Leben anderer beeinträchtigen, es sei denn, sie verfügen über eine gesetzliche oder völkerrechtliche Ermächtigung. Das ist ganz klar. Es ist übrigens auch von der Haftungsjudikatur, von der Staatshaftungsjudikatur anerkannt, dass deutsche Amtsträger, wenn sie im Ausland agieren und dort Grundrechte verletzen, sich dann auch, je-



denfalls grundsätzlich, einer Amtspflichtverletzung schuldig machen können mit der Folge der Haftung der Bundesrepublik Deutschland. Ich glaube, darüber sind wir uns hier, nicht nur in diesem Kreise, sondern auch weitestgehend, einig.

Nun aber zu der Frage der Schutzpflichten: Das Bundesverfassungsgericht ist, wie gesagt, sehr zurückhaltend, wenn es darum geht, spezielle Handlungspflichten aus diesen grundrechtlichen Vorschriften abzuleiten, weil man natürlich nicht in den Gestaltungsspielraum, in den Prognosespielraum, in den Abwägungsspielraum des demokratisch legitimierten Gesetzgebers eingreifen möchte. Ich lese noch einmal eine Formulierung vor, die immer wiederholt wird, aus der zahlreichen Judikatur, die sich mit solchen Schutzpflichten beschäftigt: Das Gericht wird eine Schutzpflichtverletzung feststellen können, „wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben.“

Denkbar sind auch Verfassungsverletzungen und Individualgrundrechtsverletzungen durch Unterlassen. Ich will jetzt auch nicht dazu raten, das Bundesverfassungsgericht mit solchen Individualbeschwerden anzurufen. Die deutschen zuständigen Organe werden mit Sicherheit dann auch vortragen können, dass man nicht absolut untätig ist, dass man aus der Sicht der die Staatsleitung innehabenden Organe nur die politisch angemessenen, zweckmäßigen Mittel ergreifen möchte. Das wäre wahrscheinlich schon ein Grund, um zu sagen: Na ja, eine ~~fehlende~~ <sup>H</sup> ~~Pflichtverletzung~~ <sup>grund-</sup> ~~auch nicht annehmen~~ <sup>beschle-</sup> wegen des Gestaltungs- und Ermessensspielraums.

Aber ich möchte auch das noch einmal aufgreifen, was meine Vorredner hier gesagt haben, insbesondere Herr Hoffmann-Riem: Verfassungsrecht ist nicht nur eine Wirklichkeit, die im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht Wirkung erlangen sollte oder erlangen kann. Erstinterpret, wie es Paul Kirchhof einmal genannt hat, der Verfassung und damit auch Erstanwender der Verfassung ist der demokratisch gewählte Gesetzgeber, das Parlament. Sie haben diesen Verfassungsauftrag, diesen Schutzpflichtauftrag

wahrzunehmen. Man kann das nicht immer alles nach Karlsruhe schieben. Das ist ein Gericht, und das kann im Grunde nur aufgrund konkreter Anträge entscheiden. Konkrete Anträge, gerade im Bereich der Schutzpflichtverletzung, verlangen nun eben, dass man sagt: Es müsste in diesem Fall ganz speziell dieses oder jenes getan werden seitens der Bundesregierung oder seitens des Gesetzgebers, und dies wird unterlassen, und zwar permanent und nachhaltig. - Das ist so eine Art prozesstechnische Schwierigkeit. Aber das befreit uns nicht und vor allen Dingen nicht den parlamentarischen Gesetzgeber von der Achtung der Verfassung und der Wahrnehmung und Durchsetzung der Verfassung.

Was die Notwendigkeit der Ergänzung der Verfassung anlangt: Im Bereich der Grundrechte sehe ich das schon auch so wie Sie, wobei ich eben sagen möchte, in aller Bescheidenheit - und wir können das beide sagen, weil vieles unsere Vorgänger in Karlsruhe letztlich bewerkstelligt hatten -: Es ist natürlich nicht nur dank des geschriebenen Grundrechtskataloges so, sondern auch aufgrund der stets die Grundrechte in die Zukunft hinein weiter konkretisierenden Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, die dazu geführt hat, dass die Grundrechte nicht zu einem rechtshistorischen Phänomen geworden sind, sondern durchaus mit der technologischen Entwicklung standhalten können. Für mich ist es auch eine gewisse Genugtuung, dass der Europäische Gerichtshof etwa die Judikatur zur Vorratsdatenspeicherung im Grunde und im Wesentlichen teilt, also dieselben Grundsätze anwendet, die in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts postuliert oder judiziert worden sind.

Aber man könnte natürlich schon überlegen - wir diskutieren immer über Staatszielbestimmungen, wir diskutieren über Gewährleistungsverantwortung des Staates -, ob hier nicht doch eine etwas ausdrücklichere Verankerung der Staatsaufgabe „Gewährleistung eines nicht nur technisch angemessenen, eines nicht nur technisch sicheren und funktionierenden, sondern auch eines inhaltlich den grundrechtlichen Anforderungen entsprechenden informationstechnischen Systems“ ~~besteht~~ <sup>Lange-</sup> <sup>zeit ist.</sup> Ich verlange jetzt nicht eine Rückkehr zum alten Postmonopol, und ich verlange nicht, dass der Staat im Grunde jetzt die ganzen technologischen Entwicklungen an sich reißt, hier ein Staatsmonopol begründet und sich



18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

die unkontrollierte Kommunikation nur ein Recht der US-Amerikaner ist, sondern er hat gesagt, das ist eigentlich ein allgemeines Menschenrecht. Sie haben das ja auch vertreten.

Das heißt, muss man dann nicht, nicht nur in den USA, sondern auch in Europa, in anderen Staaten Europas und in Deutschland, völlig umdenken? Das ist ja an sich ein ungeheuerlicher Vorwurf, den Sie erheben, den ich auch schon lange erhebe. Aber ich bin nun nicht so kompetent und wahrscheinlich auch nicht so anerkannt wie Sie. Deshalb müssen da ja ganz dringend Konsequenzen gezogen werden. Das passiert ja täglich. Während wir hier sitzen, arbeitet nicht nur die NSA weiter wie bisher, sondern auch der Bundesnachrichtendienst. Können Sie, vor allen Dingen Herr Professor Bäcker, dazu sagen, dass Sie auch diese Dimension mit berücksichtigt haben?

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ich darf bei Ihnen anfangen, Herr Professor Papier.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Ich möchte noch mal zu diesen Fragen des Datenaustausches Stellung nehmen. Es ist in der Tat so, dass der Datenaustausch mit ausländischen Diensten - ich hatte das vorhin schon ausgeführt -, die ihre personenbezogenen Daten weitgehend unter Methoden und in einer Art und Weise erlangen, die den hier immer wieder genannten Mindeststandards der deutschen und unionsrechtlichen Grundrechte eindeutig nicht genügen, insoweit von Verfassungen wegen ausgeschlossen ist. Das wird auch nicht durch irgendwelche Abkommen geheilt. Dann sind die Abkommen eben auch unzulässig. Es leuchtet ja ohne Weiteres ein, dass diese Verfahrensweise dann nicht den Verfassungsverstoß zu heilen vermag. Drittstaatenabkommen usw. können da nicht helfen.

Es ist immer wieder hier darauf hingewiesen worden oder es sind Gesetzestexte zitiert worden, wonach die Dienste, auch die deutschen Dienste, <sup>42 12</sup> die gesetzlichen Aufgaben wahrnehmen oder folgende gesetzliche Aufgaben wahrnehmen können. Ich darf noch einmal daran erinnern. Das ist eine Zuschreibung von Aufgaben, aber es ist noch keine gesetzliche Ermächtigung, in Freiheitsrechte einzugreifen. Da wird man eben unterscheiden müssen: Sind das Grundrechte, die

als Menschenrechte formuliert sind, die jedermann zustehen, bei denen also der persönliche Schutzbereich umfassend ist? Oder ~~es gibt ja auch~~ Grundrechte, die nur den deutschen Staatsbürgern zustehen. [geht es um]

Aber die Grundrechte, um die es hier geht, die ja letztlich alle auch, wenn Sie so wollen, fußen oder basieren auf der zentralen grundrechtlichen Verbürgung, nämlich dem Schutz der Menschenwürde, ~~das~~ sind Menschenrechte. Die stehen jedermann zu. Deshalb gibt es da keine Möglichkeit, zwischen Inländern und Ausländern zu unterscheiden. H 2

Ich darf nur daran erinnern, weil vorhin auch die Überwachung der Kommunikationsverkehre im Ausland angesprochen worden ist und Sie, Herr Bäcker, glaube ich, gesagt haben, dass jedenfalls in der Praxis die deutschen Dienste davon ausgehen, dass sie hier frei sind, dass sie hier nicht grundrechtsgebunden sind, dass das natürlich ~~real~~ tatsächlich nicht der Fall ist. Das haben wir ja oft genug gesagt. Ich möchte aber daran erinnern, dass unsere damalige Entscheidung zu dieser strategischen Überwachung einen Telekommunikationsverkehr betraf, der vom Bundesnachrichtendienst überwacht wurde, der in Uruguay stattfand - nur Auslandsbezug. Ich möchte nur darauf hinweisen. Das Bundesverfassungsgericht hat gesagt, das ist trotzdem an Artikel 10 zu messen, ein Telekommunikationsverkehr in Uruguay. H 2

Es ist wirklich ziemlich klar, jedenfalls nach Auffassung auch des Bundesverfassungsgerichts und, wie ich meine, auch der überwiegenden Staatsrechtsliteratur, <sup>42</sup> wofür ich das jetzt nun nicht nachgeprüft habe, aber jedenfalls nach unserer Auffassung hier, dass gleichwohl eine Grundrechtsbindung ~~zu erfolgen hat~~. [bei]

Gestatten Sie mir noch einen Hinweis auf die anderen Staaten der Europäischen Union, etwa die nachrichtendienstliche Tätigkeit von Behörden des Vereinigten Königreichs. Das Vereinigte Königreich ist Mitglied der Europäischen Menschenrechtskonvention und unterliegt den Vorgaben der Konvention. Einschlägig ist hier, wenn ich recht sehe, Artikel 8, Schutz der Privatsphäre, wozu auch das Telekommunikationsgeheimnis gehört. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat im Gegensatz zum Europäischen Gerichtshof der Union jetzt, wenn ich das richtig sehe, noch nicht so spezifische Anforderungen [kennt]



etwa in Bezug auf Erhebung, Speicherung und Verwendung von Telekommunikationsdaten entwickelt. Aber ich gehe davon aus - ich bin eigentlich fast sicher -, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zumindest ähnliche Maßstäbe aus dem Artikel 8 EMRK herleiten wird wie jetzt der Europäische Gerichtshof der Union zu Artikel 7 und 8 der Europäischen Grundrechtecharta und zuvor schon das Bundesverfassungsgericht zu Artikel 10 des Grundgesetzes. An diese Vorgaben ist das Vereinigte Königreich gebunden.

Es liegen Individualbeschwerden vor aus Deutschland. Aber ich vermisse immer wieder, schon seit geraumer Zeit, auch die Bereitschaft und den Willen der Signatarstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention, von einer Möglichkeit im Extremfall Gebrauch zu machen, die ihnen die Konvention einräumt, nämlich einer Staatenbeschwerde. Ich glaube, es hat noch keinen Fall gegeben, jedenfalls aus Deutschland mit Sicherheit noch nicht. Es gibt nicht nur die Individualbeschwerde, sondern auch die Staatenbeschwerde vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.

Ich bin mir jetzt nicht sicher, ob ich Ihre Fragen alle beantwortet habe, weil ich ja im Grunde hier als Letzter ~~in~~ diesem Bereich geredet habe und möglicherweise doch eine Sache noch nicht aufgegriffen habe, die auch meine Vorredner noch nicht behandelt haben. Aber dann bitte ich wirklich um Nachfrage, Herr Vorsitzender.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. Die werden im Zweifel in den folgenden Runden kommen, wenn noch Themenbereiche unbeantwortet geblieben sind. Ganz herzlichen Dank trotzdem für die umfangreiche Beantwortung bis jetzt. - Herr Professor Hoffmann-Riem.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Herr von Notz, Sie haben ja eine Reihe von Fragen angesprochen, die ich auch tangiert hatte in meinen Einführungsaussagen. Dem habe ich eigentlich nicht viel hinzuzufügen. Wenn ich Safe Harbour erwähne, wenn ich SWIFT erwähne, wenn ich Freihandelszone erwähne, wenn ich Vertragsverletzungsverfahren erwähne - und Staatenbeschwerde habe ich, glaube ich, auch erwähnt -, dann habe ich Stich-

worte benannt, die zunächst einmal nur einen Aha-Effekt auslösen können, weil wir ja nicht von Verfassungen wegen das erzwingen können, sondern hier sind politische Entscheidungen gefragt. Aber ein Parlament hat auch die Möglichkeit, sei es durch Entschließungen - das ist natürlich auch ein stumpfes Schwert, aber immerhin ist es ein politisches Schwert -, hier Druck zu machen. Aber ich denke, wir drei sind uns einig, dass das nicht allein über Rechtsfragen und vor allem Gerichtsbarkeit gelöst werden kann.

Dann haben Sie als eines der vielen Dinge zum Beispiel die Frage des Ringtauschs angesprochen. Da muss ich eine grundsätzliche Bemerkung machen. Ich finde es glücklich, so wie ich jetzt diese Veranstaltung wahrnehme, dass Sie am Beginn Ihrer Recherchen sich einmal einen Überblick über die großen Linien der Orientierung beim Recherchieren und eventuell beim Lösen von Problemen verschaffen. Aber jetzt Fragen zu beantworten zum Beispiel nach dem Ringtausch, setzt eigentlich voraus, dass Sie das aufgeklärt haben. Das ist ja ein Teil Ihrer Aufträge. Ich denke, es wäre, für mich jedenfalls, etwas leichtfertig, jetzt gewissermaßen abstrakt zu solchen Fragen Stellung zu nehmen, sondern ich würde gerne mehr darüber wissen. Wie ich auch haben auch Sie alle vermutlich schon mehrfach versucht - jedenfalls die Bundestagsdrucksachen, die ich dazu gelesen habe, sind da unergiebig -, etwas mehr darüber zu wissen, welche Erfolge denn die Aufklärungsarbeiten gebracht haben. Die Sätze, die Sie dazu finden, jedenfalls die, die ich gelesen habe, sind erschütternd dürftig. Ich kann mir natürlich einerseits erklären, warum sie dürftig sind; aber es könnte ja auch sein, dass es gar nicht so viel zu berichten gibt.

Das kenne ich auch in anderen Zusammenhängen, im Zusammenhang mit Maßnahmen aus dem vorigen Jahrhundert und auch von Anfang dieses Jahrhunderts, wenn man Fragen stellte zum Beispiel nach der Leistung des Großen Lauschangriffs und Ähnlichem. Als ich selbst Senator in Hamburg war, habe ich den Hamburger Innensenator gefragt, ob er mir mal etwas Material geben könne, um zu sehen, was die damals schon möglichen Überwachungsmaßnahmen bringen würden. Er war sofort bereit und sagte, das tue er, und dann bekam ich ein Papier,



18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

Entscheidungen zur Telekommunikationsüberwachung allgemein ist auch dieses Thema immer wieder gehandhabt worden.

Es gibt also zwei Schranken, die in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf das Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit eine Rolle spielen: einmal der <sup>Lm</sup> <sup>Fen</sup> ~~abwägungsoffene~~ Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Er bietet einen, wenn Sie so wollen, relativen Schutz, ein Übermaßverbot. Gewichtige öffentliche Belange können durchaus auch schwerwiegende Grundrechtseingriffe legitimieren. Eine zweite Schranke - die gilt allerdings nun absolut und die ist abwägungsfest - ist der Menschenwürdekern der Freiheitsrechte, also der Schutz des Kernbestandes privater Lebensgestaltung. - Das noch mal zur Klarstellung.

Ich gebe Ihnen recht: Das ist bisher in unseren Äußerungen nicht thematisiert worden, weil es in Bezug auf die spezielle Fragestellung jetzt aber auch nicht das Thema war.

Dann zu den BND-Aktivitäten im Ausland. Wir haben ja nun gesetzliche Regelungen. Weil Sie auch das Thema ansprachen „Gefährdung der Streitkräfte, etwa in Afghanistan“: Muss da der BND praktisch seine Räume dichtmachen und seine Aktivitäten einstellen, weil das gesetz- oder gar grundrechtswidrig ist? - Ich darf nur daran erinnern: Nach § 3 des G-10-Gesetzes können Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses durchaus vorgenommen werden, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen, dass jemand - dann gibt es eine ganze Reihe von Taten, unter anderem Straftaten nach § 212 - Mord und Totschlag begehen könnte. Die Befugnisse sind also da.

Daneben gibt es noch die strategische Überwachung nach § 5. Das Bundesverfassungsgericht hat damals die strategische Überwachung noch gehalten und hat gewisse Einschränkungen vorgenommen, hat damals aber in der Tat, wenn ich mich recht erinnere, gesagt: Es ist im Grunde hier nur ein ganz begrenzter Verwendungszweck in Betracht zu ziehen. - Es ist auch in Anbetracht der Gefährdungslagen, die diese strategische Überwachung abwenden soll, durchaus gerechtfertigt, solche strategische Überwachung vorzunehmen, die ja auch dann letztlich nur einen Teilbereich der Telekommunikation erfassen kann.

Wenn Herr Bäcker jetzt sagt: „Das hat sich jetzt alles vom Tatsächlichen her verändert“, dann wird man prüfen müssen, ob diese Ermächtigung des § 5 G-10-Gesetz diese ganzen Aktivitäten noch trägt; aber das wird dann im Grunde gegebenenfalls in einem Normenkontrollverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zu klären sein. Ich kann jetzt nicht beurteilen, inwieweit die tatsächliche Lage, der tatsächliche Aufgabenkreis des BND sich so entscheidend verändert hat im Verhältnis zu der Lage, die uns damals veranlasste, diese strategische Überwachung grundsätzlich - grundsätzlich - zu legitimieren. Wir haben ja bestimmte Erhebungszwecke ausgeschlossen. Es war damals unter anderem auch die Bekämpfung der Geldfälschungen im Ausland als Zweck des Eingriffs vorgesehen. Da hat das Bundesverfassungsgericht gesagt: Das ist gewissermaßen nicht so gewichtig, vergleichbar etwa der Terrorismusbekämpfung, dass es solche schwerwiegenden Eingriffe rechtfertigen kann.

Aber diese Einwände, die das Gericht damals erhoben hat, sollten ja nun mit § 5 G-10-Gesetz behoben werden. Wenn sich jetzt aus anderen Gründen die Frage der Verhältnismäßigkeit neu stellte, würde man das gegebenenfalls in Karlsruhe auf den Prüfstand stellen können und müssen.

Jetzt noch diese sehr schwierige Frage, Herr Vorsitzender, die Sie ansprechen mit ~~dieser~~ <sup>Hier</sup> Bombe, die den S-Bahn-Verkehr ernsthaft bedroht. Was Sie hier ansprechen, ist in der Tat fast eine Schicksalsfrage. Wir haben die Frage erstmals diskutiert bei dem Folterverbot. Da ist ja auch die Frage: Wie haben sich deutsche Behörden zu verhalten, wenn sie eine Information bekommen, die voraussichtlich oder wahrscheinlich von ausländischen Diensten stammt und nach Lage der Dinge wohl offenbar in dem konkreten Fall unter Anwendung von nach deutschem Recht völlig unzulässigen Mitteln erlangt sind, nämlich der Folter? Hier wird man eines sagen müssen: Grundsätzlich ist die Verwendung solcher Informationen unzulässig. Das bezieht sich auf die Folter wie auf die Informationen, die unter Verletzung eines menschenrechtlichen Mindeststandards erlangt worden sind, also auch außerhalb der Folter. Das gilt uneingeschränkt - das sollte man, finde ich, ganz deutlich sagen - für das Strafrecht. Es besteht in diesen Fällen ein absolutes Verwertungsverbot.





18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

Jetzt kommt aber Ihre durchaus wirklich schicksalhafte Frage: Wie ist es, wenn man zum Zwecke der Gefahrenabwehr, der Abwehr einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut oder für eine Vielzahl überragender individueller Rechtsgüter, sich einfach dumm stellen soll? Da würde ich in der Tat auch unter Abwägung der bedrohten Rechtsgüter, um die es geht, und der Konkretheit der Gefahrenlage sagen: Hier dürfen die zuständigen Behörden diese Information durchaus zur Grundlage weiterer, eigener Ermittlungen zur Feststellung der konkreten Gefahrenlage benutzen. - Diese Einschränkung würde ich machen, nicht in jedem Fall, aber wenn ganz zentrale Schutzgüter bedroht sind und wenn die Gefahrenlage ganz konkret und, ich würde mal sagen, dringend ist. In diesen Fällen müssen sich die zuständigen Sicherheitsbehörden nicht künstlich dumm stellen und ihre Aufgabe der Gefahrenabwehr vernachlässigen. Aber im Strafrecht erscheint mir die Sache ganz klar zu sein: absolutes Verwertungsverbot, auch wenn es einem vielleicht in concreto nicht passt.

Ich würde dann meinen Beitrag jetzt erst mal beenden. - Ach so, Entschuldigung, ich bitte um Nachsicht: Auf das, mit dem Tatort- und dem Schutzprinzip bin ich noch nicht eingegangen. *[Problem]* Welche praktischen Schwierigkeiten entstehen da? Na ja, es ist schon ein Unterschied, wenn die Bundesrepublik Deutschland sich auf den Standpunkt stellen kann, dass bestimmte Maßnahmen von ausländischen Amtsträgern, begangen im Ausland gegen deutsche Staatsbürger, nach deutschem Recht strafbar sind. Ich bin ja nun wirklich kein Traurtänzer, dass ich sage: Damit haben wir das Problem gelöst. - Man müsste dieser Täter ja auch habhaft werden. Aber denken Sie an den internationalen Verkehr: Die Schweizer Behörden haben gar keine Bedenken gehabt, gegen deutsche Finanzbeamte ein Ermittlungsverfahren einzuleiten. Wenn ich recht informiert bin, sind Schweizer Bankangestellte gewarnt worden, nach Frankreich zu reisen, weil sie da möglicherweise entsprechend strafrechtlich verfolgt werden.

Es kommt ja noch eines hinzu: Wenn die Haupttat gewissermaßen eine Straftat ist nach deutschem Recht, können Sie natürlich deutsche Amtsträger bzw. private Firmen, die auf diese Informationen rekurren, der Beihilfe anklagen.

Ja: Wenn Sie eine Haupttat haben, können Sie darauf etwa auch Beihilfe oder Mittäterschaft gründen.

Kurzum: Für ganz so aussichtslos oder ganz so sinnlos halte ich einen Übergang vom Tatort- zum Schutzprinzip nicht. Wenn Sie sich mal den Katalog der Straftaten anschauen, die nach dem Schutzprinzip verfolgt werden, dann ist der inzwischen beachtlich. Da könnte ich mir auch vorstellen, dass auch verschärfte Strafnormen über Datenausspähung ~~oder - wie heißt das: jetzt fällt mir der andere Ausdruck nicht ein: es gibt ja unterschiedliche Straftatbestände...~~ also wenn Sie diese Straftatbestände dann auch noch verschärfen und die Strafdrohung verschärfen und gleichzeitig auch noch zum Schutzprinzip übergehen.

Was die jetzt diskutierten Maßnahmen gegen - in Anführungsstrichen - Google anlangt, will ich natürlich nun nicht abschließend Stellung nehmen. Aber es ist, glaube ich, auch ganz eindeutig - das hat auch der Präsident des Bundeskartellamtes gerade in den letzten Tagen betont -: Die kartellrechtlichen Regelungen oder kartellrechtliche Maßnahmen wären nur eine Seite, erledigten aber nicht unser Problem. Es wäre natürlich denkbar, dass nach europäischem Kartellrecht - unter bestimmten Umständen vielleicht auch subsidiär nach deutschem Kartellrecht - Maßnahmen gegen bestimmte wettbewerbswidrige Handlungen des Konzerns geprüft würden und eingeleitet würden. Nur, das Problem der Datensicherheit, des Datenschutzes, ist damit natürlich noch nicht gelöst. Da wären wirklich Überlegungen anzustellen, ob nicht Unternehmen, die weltweit operieren, die ihren Sitz im Ausland ~~natürlich~~ haben, durch deutsches oder - wahrscheinlich sogar sehr viel sinnvoller - durch europäisches Recht angehalten werden, bestimmte Vorgaben einzuhalten, auch wenn sie ihren Sitz nicht in der Europäischen Union oder in Deutschland haben. Das ist machbar. Die staatliche Souveränität erlaubt es, dass man Unternehmen, die Dienstleistungen in der Bundesrepublik Deutschland oder in der Europäischen Union anbieten wollen, bestimmte Vorgaben macht, sei es der Organisation, aber auch der inhaltlichen Wahrnehmung der Tätigkeit, indem man etwa bestimmte Sicherheitsstandards vorgibt und, wenn die nicht eingehalten werden, Sanktionen ausgesprochen werden.

*Land abfangen*

*Letzte Punkte stellt Weichen*

*Hier*



derung zu entnehmen. Das scheint mir systematisch auch möglich und richtig zu sein. Aber es ist immer besser, wenn man auf neue Gefährdungslagen auch eine neue Antwort geben will, dies so klar zu machen, dass alle Beteiligten Bescheid wissen. Also wäre eine Novellierung des Artikel 87 f in diesem Sinne durchaus eine Unterstützung des Anliegens.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Dann hören wir Professor Papier, der sicherlich an der Stelle ansetzen wird, aber selbstverständlich nicht muss.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Ich meine auch, dass es durchaus sinnvoll ist, das Grundgesetz hier zu ergänzen, für Klarstellung zu sorgen. Das Grundgesetz ist über 60-mal geändert worden und zum Teil mit Regelungen überfrachtet worden, bei denen man den Eindruck hat, sie könnten eigentlich auch in einer Rechtsverordnung stehen, oder zumindest würde eine Regelung in einem einfachen Gesetz ausreichen. Man könnte Artikel 16 a nennen, Teile des Artikels 13; mehr Beispiele will ich hier gar nicht nennen. Aber in solchen zentralen Fragen sollte das Grundgesetz schon explizit Farbe bekennen. Das hätte natürlich auch den gewissen Vorteil, dass Sie auf diese Weise bei Nichterfüllung dieses Staatsauftrages gegebenenfalls dann auch eher objektiv mit Rechtsschutzmöglichkeiten in Karlsruhe zurande kämen als immer nur mit dem individualgrundrechtlichen Aspekt. Ganz abgesehen davon sind die Individualgrundrechte hier auch etwas defizitär, was die Durchsetzbarkeit anbelangt, weil es um heimliche Zugriffe geht. Natürlich muss hinterher informiert werden, aber dann haben die Leute nachher teilweise auch kein Interesse, teilweise werden sie jahrelang nicht informiert wegen des noch andauernden Ermittlungsverfahrens gewissermaßen.

Also, ich meine in der Tat auch, dass man hier die objektiv-rechtliche Verfassungslage klarstellen sollte. Der Staat hat hier eine Verantwortung, genauso wie er eine Verantwortung hat für den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, wie er eine Verantwortung hat für die Sozialstaatlichkeit dieses Gemeinwesens und natürlich auch für die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit. Ich bin sonst kein Freund unnötiger Grundgesetz-

änderungen, aber hier sollte man das wirklich erwägen. Das muss aber auch flankiert werden mit einer wirklich zuverlässigen und sehr fundierten Expertise, was in Ausfüllung dieses Verfassungsauftrages eigentlich nötig wäre an einfachgesetzlichen Maßnahmen, sei es auf nationaler Ebene, sei es durch Anregung an die Europäische Union.

Ansonsten würde ich auch schon sagen: Natürlich muss der deutsche Staat - jedenfalls ist er dazu dem Grunde nach verpflichtet - dafür Sorge tragen, dass bei einem grenzüberschreitenden Verkehr, bei einer grenzüberschreitenden Tätigkeit die deutschen Staatsbürger international über einen hinreichenden menschenrechtlichen Schutz verfügen. Wir haben internationale Pakte über bürgerliche, über politische Rechte; wir haben die Menschenrechtskonvention. Ich glaube schon, dass der deutsche Staat dem Grunde nach verpflichtet ist, über das Hinwirken zum Abschluss solcher internationalen Abkommen einen mit den europäischen und den deutschen Grundrechtstandards zwar nicht völlig deckungsgleichen - das ist so zu sehen -, wohl aber wesensmäßig gleichwertigen Standard des Schutzes zu erreichen. Das kann natürlich keine Erfolgsgarantie sein, keine Erfolgsverpflichtung, aber ein Handeln etwa zur Ergänzung des internationalen Paktes über die bürgerlichen Freiheiten wäre in diesem Punkte zu erwägen.

Zum Schluss meines Beitrages <sup>zu</sup> dieser präventiven Verwendung von Daten, die, ich sage mal, mit einem Makel behaftet sind: Ich sollte vielleicht darauf hinweisen - ich habe das hier in meinem Einleitungsstatement betont -, dass man doch schon sagen müsse, dass ~~der~~ Datenaustausch mit ausländischen Diensten, die ihre personenbezogenen Daten weitgehend unter Methoden und in einer Art und Weise erlangen, die den - ich wiederhole mich - Mindeststandards der deutschen und ~~unionsrechtlichen~~ Menschenrechte in dieser Hinsicht eindeutig nicht genügen, die also gewissermaßen bei der Erhebung ihrer Daten ersichtlich gegen den - ich sage es untechnisch - ordre public verstoßen, so wie wir ihn in Deutschland und in der Europäischen Union verstehen - - dass in diesen Fällen dann in der Tat dieser Makel der personenbezogenen Daten bestehen bleibt und dann zu entsprechenden rechtswidrigen Handlungen führen kann, wenn sie dann gleichwohl verwertet werden. Das

kein Wort

kein

by  
schrage  
sich



18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

dass ein Anlass da sein muss, ein Verdacht? Das ist der Hintergrund. Das wird in der G-10-Kommission geprüft, dass das so gemacht wird. - Das sind meine Fragen.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank, Herr Kollege Ströbele. - Ich würde jetzt bei Professor Papier mit der Beantwortung der Fragen des Kollegen Ströbele von Bündnis 90/Die Grünen anfangen. Herr Professor Papier.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Herr Abgeordneter Ströbele, ich kann Ihre Auffassung nicht teilen - und Sie wollen sie ja eigentlich auch nicht als endgültig bestehen lassen -, dass der BND im Ausland alles tun darf. Das ist eben auch nach geltender Rechtslage nicht der Fall. Ich erinnere nur an § 3. Natürlich hat der BND eine sehr weite Aufgabenstellung, was die Auslandsaufklärung angeht. Bei allem, was für die Interessen und Belange der Bundesrepublik Deutschland relevant werden kann, insbesondere auch um Gefahren für die ~~deutsche~~ <sup>politische</sup> ~~Politik~~ zu ermitteln, kann der BND tätig werden und der Bundesregierung berichten.

Aber jetzt geht es um Grundrechtseingriffe. Auslandsaufklärung ist nicht immer mit Grundrechtseingriffen verbunden. Wenn sie mit Grundrechtseingriffen verbunden ist, hier ja in Sonderheit mit Eingriffen in das Telekommunikationsgeheimnis, dann müssen nach unserer Rechtsauffassung gesetzliche Befugnisnormen dafür da sein, auch wenn das im Ausland geschieht. Das ist in § 3 G-10-Gesetz geschehen - das ist die individuelle, die, ich sage mal, gezielte Abhörung -, und es ist in Bezug auf die strategische Überwachung in § 5 geschehen.

Nun kann man natürlich darüber sinnieren und darüber nachdenken, ob das den verfassungsrechtlichen Anforderungen auch in jeder Hinsicht genügt. Aber dass es dafür rechtlicher Grundlagen bedarf und dass die rechtlichen Grundlagen, die gesetzlichen Ermächtigungen nicht voraussetzungslos sein dürfen, sondern dass bei individueller Überwachung durchaus tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht etwa einer besonders schweren Straftat gegeben sein müssen, das gilt auch im Auslandsbereich. Der BND ist ja im Grunde ein Institut der Auslandsaufklärung. Es geht ja vorrangig um auslän-

dische Telekommunikation und gerade nicht um die rein inländische Telekommunikation; dafür sind andere Dienste oder die Polizeibehörden zuständig. Ich bin mir, wenn ich das so sagen darf, nicht im Klaren darüber, ob die gesetzlichen Regelungen über die strategische Überwachung erneuert, verfeinert werden müssten; das kann ich abschließend nicht beurteilen. Ich weise nur darauf hin, dass sich ~~hat~~ in einigen Jahren - ich weiß nicht, wann <sup>Hreit</sup> <sup>genau</sup> die Entscheidung zur strategischen Überwachung ergangen ist -

(Sachverständiger Prof.  
Dr. Wolfgang Hoffmann-  
Riem: 1999!)

- ich höre, es war 1999, also vor geraumer Zeit - die Verhältnisse <sup>so</sup> geändert haben, dass hier weitere Eingrenzungen vorgenommen werden müssten, insbesondere aus den Gründen, die Herr Bäcker geschildert hat. Das kann ich abschließend nicht beurteilen. Ich bitte um Verständnis. Diese spezielle Frage müsste eingehender geprüft werden.

Nun noch eine Bemerkung zum Punkt „befreundete oder feindliche Dienste“. Herr Ströbele, das ist eine politische Kategorie und keine juristische; das ist ganz klar. Sie haben ja selber gesagt: Das Strafrecht unterscheidet nicht. - Es unterscheidet aber auch nicht ~~in Bezug auf~~ <sup>in Bezug auf</sup> das Sicherheitsrecht. Das ist eine politische Kategorie, das sind politische Entscheidungen, wenn man sich dahin gehend festlegt, dass man etwa die eigenen Dienste in Bezug auf bestimmte Staaten einsetzt oder nicht. Das ist eine politische Entscheidung, die von den Verantwortlichen in Grenzen auch nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten getroffen werden kann.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ich gebe das Wort weiter an Herrn Professor Hoffmann-Riem.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Damit Sie zur namentlichen Abstimmung kommen können, ganz kurz:

Die Kategorie der Freunde ist keine verfassungsrechtliche Kategorie. - Das ist das eine.

Das Zweite, zu Ihrer Idee, die Überwachung im Ausland so ähnlich zu organisieren wie die Überwachung im Inland. Da habe ich Sie so ver-



lich dass sich bei der Frage des Wie Spielräume auftun, die unter anderem Sie in Ihrer Funktion als Parlament und Gesetzgeber auszufüllen haben. Ich glaube nicht, dass man eine konkrete Maßnahme nennen kann. Das läuft ansonsten auf eine Wiederholung hinaus.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Herzlichen Dank, Herr Professor Bäcker. - Herr Professor Hoffmann-Riem.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Ich verstehe Ihre Frage so, dass es nicht um eine Schutzpflicht hinsichtlich der Grundrechte der Bürger geht, sondern dass es um die Funktionsfähigkeit eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses geht. Insofern gehört Ihre Frage in den größeren Kontext, der schon mehrfach zu Prozessen geführt hat, nämlich welche Informationspflichten die Regierung gegenüber dem Parlament hat. Ich würde sie gerne dahin gehend erweitern, welche Unterstützungspflichten die Regierung gegenüber einem Untersuchungsausschuss hat.

Wenn Sie den Eindruck haben, dass Sie die Regierung nicht hinreichend unterstützt, dann würde ich an Ihrer Stelle darüber nachdenken, ob man das gerichtlich klären lässt. Bei der Arbeit eines solchen Ausschusses, insbesondere wenn ich mir die Umfänglichkeit Ihres Fragenkataloges ansehe und mir ins Gedächtnis rufe, dass darunter sehr viele Fragen sind, auf die es, wie es scheint, für die Bundesregierung unangenehme Antworten gibt, kann es sein, dass ein Konflikt im Raume ist. Dieser Konflikt darf nicht darüber gelöst werden, dass die Bundesregierung Sie nicht informiert; Sie sollen vielmehr Dinge, die aufklärungsbedürftig sind, aufklären und Vorschläge machen, wie man das bewältigen kann. Das sind parlamentarische Rechte, die einem Untersuchungsausschuss, der ja auch als Organ vorgesehen ist, zustehen. Die Reichweite - ob sie im Augenblick hier betroffen ist oder nicht, kann ich nicht beurteilen - kann gegebenenfalls gerichtlich überprüft werden.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank, Herr Professor Hoffmann-Riem. - Herr Professor Papier.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Ich sehe das auch so. Es geht hier um die Frage der Rechte eines Untersuchungsausschusses gegenüber der parlamentarisch verantwortlichen Bundesregierung. Da gibt es gesetzliche Regelungen: umfassender Untersuchungsauftrag mit weitgehenden Rechten, die Sie haben. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist wiederholt mit diesen Fragen befasst worden. Die Rechtsprechung hat in gewissen Fällen ein Aktenvorlageverweigerungsrecht, ein Auskunftsverweigerungsrecht der Exekutive anerkannt, aber eben nur in eng begrenzten Fällen.

Es würde jetzt, glaube ich, zu weit führen, aus dem Stand ein Kolleg über die Rechte des Untersuchungsausschusses abzuhalten; das würde die Zeit sprengen. Ich erinnere nur daran, dass es zu allen wichtigen, großen Untersuchungsausschüssen - dazu würde ich auch diesen zählen - Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes gibt. Es hat leider, wenn ich das richtig beurteile, zu diesen großen Untersuchungsverfahren, den politisch bedeutsamen Untersuchungsverfahren immer auch Rechtsstreitigkeiten mit der jeweils amtierenden Bundesregierung gegeben. Ich möchte hier keine Namen bedeutsamer Untersuchungsausschüsse nennen, aber aus dem einen Verfahren ~~sind~~ ganz berühmte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts hervorgegangen; Sie wissen, was ich meine.

Kurzum: Wenn es Auslegungsschwierigkeiten gibt, wenn Sie sich nicht hinreichend, nicht vollständig, nicht rechtzeitig durch die Bundesregierung informiert fühlen, dann steht Ihnen in dieser Frage - ich sage es etwas salopp - der Rechtsweg offen.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Ganz herzlichen Dank für den Hilfefinweis für Untersuchungsausschüsse aus dem Mund des ehemaligen Verfassungsrichters.

Wenn es keine weiteren Fragen und Wortmeldungen aus den Reihen der Fraktionen gibt, dann sind wir am Ende der Sachverständigenanhörung.

Nach seiner Fertigstellung Ihnen wird vom Sekretariat das Stenografische Protokoll übersandt. Sie haben dann zwei Wochen Zeit, Korrekturen und Überarbeitungen an dem Text vorzunehmen. Richtigstellungen und Ergänzungen

Historic  
H 28

## **ANLAGE 2**



sen, und zwar auch - auch das ist ein ganz wichtiger Punkt - für Unternehmen, die zwar ihren Sitz außerhalb Deutschlands bzw. der Europäischen Union haben, aber ihre Dienstleistungen in Deutschland bzw. in der Europäischen Union anbieten.

Nun ein letztes Wort - dann bin ich fertig, Herr Vorsitzender -: Die Schutzpflichten des Staates, die aus dem Telekommunikationsgeheimnis - Artikel 10 - und aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme - Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 - folgen, begründen in meinen Augen - da wird der anschließend das Wort ergreifende Redner mir zustimmen, nehme ich mal an; ich vertrete diese Auffassung auch ganz dezidiert - eine Staatsaufgabe bzw. eine staatliche Verpflichtung zur Gewährleistung einer nicht nur technisch funktionsfähigen, sondern auch einer grundrechtswahrenden informationstechnischen Infrastruktur, vergleichbar der Gewährleistungsverantwortung des Staates für beispielsweise eine flächendeckende, angemessene und ausreichende Telekommunikation nach Artikel 87 f Absatz 1 oder auch für ein angemessenes Schienennetz, um einmal diesen etwas banalen Aspekt zu erwähnen. Beides sind Gewährleistungsverantwortungen des Staates, die sogar im Grundgesetz stehen. Was für diese Bereiche recht ist, sollte für diesen umfassenden und zentralen Persönlichkeitsschutz der Bürger dieses Landes billig sein. - Danke schön.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Haben Sie ganz herzlichen Dank für Ihren einführenden Vortrag.

Bevor ich Herrn Professor Hoffmann-Riem das Wort für sein einführendes Statement gebe, darf ich ganz herzlich Frau Bundestagsvizepräsidentin Petra Pau begrüßen. Es ist eine besondere Ehre, dass Sie da sind. Das zeigt, glaube ich, auch, wie wichtig dem Deutschen Bundestag die Arbeit des Untersuchungsausschusses ist. Ich darf Sie ganz herzlich hier bei uns begrüßen.

Nun darf ich Herrn Professor Hoffmann-Riem das Wort für sein Eingangsstatement geben. Bitte schön.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Herr Vorsitzender! Meine Damen

und Herren Abgeordnete! Zunächst mal herzlichen Dank, dass ich die Dinge vortragen darf, die mir zu diesem Thema wichtig sind. Ich werde nicht das schriftlich vorgelegte Gutachten reproduzieren. Aber ich werde inhaltlich vieles von dem reproduzieren, was Herr Papier eben gesagt hat. Wir liegen in der Grundkonzeption also nicht auseinander.

Ich möchte den Suchscheinwerfer auf einige spezifische Fragen richten und zunächst sagen: Ich finde das Internet eine tolle Sache, ebenso die globale Kommunikation. Ich nutze es, soweit ich es technisch beherrsche; ~~aber~~ ich nutze es viel. Dieses Kommunikationssystem ist aber ~~aber~~ nicht nur für Gutes da. Es kann auch als Hort des Bösen wirken. Jedenfalls können sich dort Gefahren für den Einzelnen, für Staat und Gesellschaft verwirklichen, vor denen der Staat, vor denen das Recht schützen muss. Hier interessiert vor allem der Freiheitsschutz. Dabei gehe ich davon aus, dass das deutsche Grundgesetz inhaltlich eine sehr gute Grundlage für Freiheitsschutz darstellt. Die Themen, die dort angesprochen worden sind, hat Herr Papier eben auch schon benannt.

Aber die Grundrechte der nationalen Verfassung sind in ihrer Grundkonzeption letztlich noch aus der Postkutschenzeit. Das heißt, sie sind territorial orientiert und haben die globale neue Realität konzeptionell noch nicht verarbeitet. Insofern denke ich, dass es Aufgabe nicht nur von Gerichten, sondern auch von politischen Akteuren ist, mitzuhelfen, diesen räumlichen Bezug zu überwinden und die globale internationale Dimension von Grundrechtsschutz einzubauen.

Ich möchte jetzt im Folgenden fünf ~~Sachen~~ <sup>Thesen formulieren</sup> ~~(zeigen)~~. Erstens. Freiheitsschutz muss heute global gedacht und praktiziert werden. Zweitens. Die deutschen und europäischen Grundrechte haben grundsätzlich das Potenzial dazu. Drittens. Das setzt aber ein konzeptionelles Umdenken bei der konkreten Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes voraus. Viertens. Freiheitsschutz ist eine Gewährleistungsaufgabe des Staates, des Nationalstaates, der EU, aber auch der gesamten Völkergemeinschaft. Diese Aufgabe ist nicht nur in Grundrechtsnormen, sondern auch in weiteren Normen angelegt. Fünftens. Das Hauptproblem liegt nicht im Recht selbst, sondern in der feh-



*vor Eingriffen*

lenden Bereitschaft, sein Potenzial voll zu nutzen.

Lassen Sie mich zunächst einige grundrechtsdogmatische Grundannahmen für Freiheitsschutz thematisieren. Wir unterscheiden zwischen dem Schutzbereich von Grundrechten und der Frage ~~Wie kann aus diesem Schutzbereich etwas folgen~~ durch Abwehr von Eingriffen ~~oder~~ durch Schutzpflichten. Dabei sind - insofern stimme ich Herrn Papier voll zu - die hier betroffenen deutschen Kommunikationsgrundrechte nicht auf den Schutz Deutscher begrenzt, und der Schutzbereich ist territorial nicht auf Deutschland begrenzt. Dieser Schutz verwirklicht sich zum einen abwehrrechtlich durch Abwehr von Eingriffen des deutschen Staates - auch das hat Herr Papier ausgeführt -, aber auch objektivrechtlich durch den Auftrag, für die realen Voraussetzungen von Freiheitsschutz für die Bürger zu sorgen. Es geht also auch um Grundrechtsvoraussetzungsschutz, verwirklicht über solche Schutzaufträge.

*↳ des  
↳ vom  
des Ent-  
nehmung  
von*

Solche Schutzaufträge finden sich nun nicht nur in Grundrechten, und zwar in all den Grundrechten, die hier betroffen sind, sondern ergänzend auch in den Staatszielbestimmungen - Demokratie, Sozialstaat und Rechtsstaat -, aber vor allem auch in Sondernormen, und zwar in der deutschen Verfassung einmal in der Sondernorm zur Gewährleistung einer funktionsfähigen - das heißt auch: sicheren - Telekommunikationsinfrastruktur, die ich in Artikel 87 f Grundgesetz sehe. Das ~~war~~ zwar bei der Schaffung dieser Norm nicht im Vordergrund. Da dachte man an die kostengünstige Versorgung der ländlichen Gebiete mit Telekommunikation. Aber es ist die Rede von einer angemessenen Kommunikationsversorgung, und das muss natürlich auf die gegenwärtigen technologischen Bedingungen hin ausgelegt werden. Ebenso sehe ich hier - wenn auch nur für ein Teilfeld - Artikel 91 c Grundgesetz, der sichere Kommunikationsnetze für den behördlichen Verkehr vorsieht, aber nicht nur innerhalb der Behörden und zwischen den Behörden, sondern im Bereich des E-Government natürlich auch im Hinblick auf Bürger. Das heißt, dass wir auch noch zusätzliche Normen haben, die Gewährleistungsaufträge enthalten.

*Hinstand*

Von der Anerkennung solcher Schutzaufträge und von der Reichweite der Schutzbereiche ist die Realisierung dieses Schutzes zu trennen. Das

geht zum einen durch den Schutz vor Eingriffen, allerdings insoweit nur durch deutsche Staatsorgane, zweitens durch den Schutz ~~durch~~ Erfüllung objektiv-rechtlicher Schutzaufträge in der Rechtsordnung insgesamt, aber auch durch Systemschutz, auf den ich am Ende noch eingehen werde.

*↳ im  
Wage der*

Private Dritte und Träger auswärtiger Staatsgewalt wie die NSA sind nicht unmittelbar an die deutschen Grundrechte gebunden. Das heißt aber nicht, dass die Grundrechte für sie irrelevant sind; denn die nationalen Gesetze übertragen den Inhalt der Grundrechte in das nationale Recht. In die einfache Rechtsordnung sind gewissermaßen die Grundrechte transformiert worden - das ist in Deutschland geschehen; ich habe es in meinem Gutachten aufgezählt -, und zwar die Schutznormen zugunsten der Privatsphäre, Datenschutz, auch Schutz vor Wirtschaftsspionage und natürlich auch Staatsschutznormen. Insofern gibt es keinen wirklich qualitativ ~~den~~ Schutz, was die inhaltliche Reichweite anbetrifft. Die rechtsdogmatische Anknüpfung ist ~~aber~~ eben eine andere.

*↳ Bei  
letzten  
↳ S  
↳ gleiche  
↳ S*

Wenn ausländische Staatsorgane in Deutschland deutsche Gesetze verletzen, ~~verletzen sie diese Gesetze mit der Folge, dass~~ es Aufgabe der deutschen Staatsgewalt ist, dies zu unterbinden. Und soweit es beispielsweise Strafrechtsnormen gibt, so ist das ~~↳ Aber es sind nicht nur die~~ Strafrechtsnormen ~~sondern~~ auch Teile der öffentlichen Sicherheit. Alle Behörden, die sich um die Einhaltung der öffentlichen Sicherheit zu kümmern haben - das beginnt bei den Polizeibehörden und anderen Ordnungsbehörden -, sind dafür zuständig, ~~hier~~ zu unterbinden. Es ist keine reine Frage der Strafverfolgung. Aber es geht natürlich auch um Strafverfolgung, für die grundsätzlich das Legalitätsprinzip gilt. Allerdings gibt es nach § 153 StPO Ausnahmen zum Absehen von Strafverfolgung im öffentlichen Interesse. Aber das sind keine Pflichten, abzusehen; das ~~sind~~ Ermessensentscheidungen, und ~~diese~~ Ermessensentscheidungen können sich auf null reduzieren, wenn es um einen gewichtigen Freiheitsschutz geht.

*↳ S  
↳ ist  
↳ S  
↳ ebenov.  
↳ wird*

*↳ Ver-  
leumdungen*

*↳ und  
↳ d*

*↳ S  
↳ ergeben  
↳ des  
↳ kann*

Es ist ferner allgemein anerkannt, dass Spionage nationalrechtlich verboten ist, selbst wenn es kein grundsätzliches völkerrechtliches Verbot gibt; aber es gibt auch keinen Immunitätsschutz für Spionage. Wenn ~~hier~~ Eingriffe durch ausländische Institutionen erfolgen, dann können pri-

*↳ S*



18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

vate Betroffene sich grundsätzlich vor den Zivil- oder Verwaltungsgerichten wehren. Allerdings ist dieser Rechtsschutz praktisch kaum nutzbar. Bei geheimen Eingriffen gibt es praktisch keine Realisierbarkeit von Grundrechtsschutz über die Gerichte. ~~Sie~~ können sich an die Datenschutzbeauftragten wenden. Aber auch das ist natürlich nur begrenzt hilfreich. ~~Ich komme noch mal darauf zurück~~

Zunächst möchte ich ~~aber~~ noch sagen, dass der Grundrechtsschutz, wie ich schon andeutete, auch extraterritoriale Reichweite hat. Deutsche Organe - Herr Papier hat es ausgeführt - wie etwa der Bundesnachrichtendienst sind auch beim Handeln im Ausland an Artikel 10 Grundgesetz gebunden und damit an all die rechtsstaatlichen Anforderungen, die Eingriffe in Artikel 10 fordern.

Ausländische Staatsorgane sind, soweit sie im Ausland handeln, nicht an deutsches Recht, also an deutsche Grundrechte, gebunden, sondern nur an das eigene nationale Recht. Und wir wissen, dass beispielsweise das amerikanische Recht hier sehr großzügig ist und auch Ausländern keine Klage gegen die NSA in den USA erlaubt.

Europäische Staatsorgane wie etwa der britische Geheimdienst sind zwar nicht an die deutschen Grundrechte, aber an die Grundrechte aus dem europäischen Recht gebunden, also die in den Verträgen zur Union enthaltenen Grundrechte und damit auch die Europäische Menschenrechtskonvention und die Grundrechtecharta. Hier gibt es Rechtsschutzmöglichkeiten über den EuGH und den EGMR: einerseits im Rahmen von Individualrechtsbeschwerden und weiter, wenn auch nach der bisherigen Praxis eher theoretisch, die Staatenbeschwerde. Aber das Instrument ist da. Es wird nur aus Rücksichtnahme praktisch nicht genutzt. Es gibt sogar Möglichkeiten eines Vertragsverletzungsverfahrens nach den EU-Verträgen.

Ausländische Staatsorgane unterliegen darüber hinaus gewissen völkerrechtlichen Bindungen, etwa in den Menschenrechtspakten, und sie unterliegen der Kontrolle durch den Menschenrechtsausschuss. Allerdings wissen wir: Das sind keine sehr wirksamen Instrumente; das sind eher Dinge, die in der politischen Ebene verbleiben.

Darüber hinaus gibt es aber im Völkerrecht ein traditionelles Instrument, nämlich das des diplo-

matischen und konsularischen Schutzes, das auf den ersten Blick hier natürlich gar nicht passt. Aber wenn man berücksichtigt, dass Kommunikation, jedenfalls digitale Kommunikation, heute international transportiert wird und damit dem Risiko des Eingriffs außerhalb des deutschen Staatsgebiets unterliegt, dann ist der Schutz der Inhalte der Kommunikation, der ja den deutschen Staatsorganen gegenüber den Deutschen aufgegeben ist, auch, soweit möglich, im Rahmen des ausländischen Feldes zu verwirklichen ~~lassen~~ ~~das~~ daran zu denken ~~ist~~, diesen diplomatisch-konsularischen Schutz fortzuentwickeln, was in der Vergangenheit auch in anderen Kontexten geschehen ist. Allerdings ist das ein völkerrechtliches Problem, das wir hier nicht zu bewältigen haben. Aber man kann ja auch die Regierung dazu drängen, sich hierum zu bemühen.

Angesichts praktischer Durchsetzungsschwierigkeiten von Grundrechtsschutz insbesondere durch einzelne Bürger gewinnt der Systemenschutz in diesem Feld eine herausragende Bedeutung. Die Grundlage für Systemenschutz ist schon zum Teil in den Datenschutzgesetzen angelegt worden. Und sie ist durch das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität der eigenen informationstechnischen Systeme vom Bundesverfassungsgericht noch einmal hervorgehoben worden - in der damaligen Entscheidung nur subjektiv-rechtlich orientiert, weil es sich um eine Verfassungsbeschwerde eines einzelnen Bürgers handelte. Aber da dieses Grundrecht auf Normen wie Artikel 2 Absatz 1 und Artikel 1 Absatz 1 Grundgesetz aufbaut, die selbst objektiv-rechtliche Gehalte haben, hat natürlich auch dieses Grundrecht eine objektiv-rechtliche Dimension.

Das heißt also, dass es eine Pflicht der Staatsorgane zur Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität von informationstechnischen Systemen gibt. Allerdings haben die staatlichen Entscheidungsträger wie immer in solchen Fällen gewisse Gestaltungsspielräume. Aber ~~die~~ können auch eingeengt sein. Diese Gestaltungsspielräume werden insbesondere eingeengt, soweit sich aus den anderen Grundrechtsnormen, die ich erwähnte, Schutzaufträge besonderer Art ergeben. Sie können auch eingeengt sein durch die Vorgaben im Unionsrecht, zum Beispiel auch unter Berufung auf Artikel 170 des AEUV, der sich mit dem Aufbau transnationaler Netze beschäftigt.





18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

Und sie können eingeengt sein durch die Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention, Artikel 8, oder der Grundrechtecharta, Artikel 8 und 11, soweit sie in diesem Zusammenhang anwendbar ist.

In jedem Fall setzt wirksamer Schutz in der globalen Kommunikation mehr voraus als nur nationales Handeln. Es bedarf globaler Vereinbarungen. Wir wissen, das ist schwer zu erreichen, eventuell unrealistisch. Deswegen ist es klug, wenn sich die deutschen oder europäischen Institutionen ~~auch~~ auf den Möglichkeitsraum beziehen, in dem sie handeln können. Im EU-Raum gibt es allerdings Widerstände, etwa seitens der britischen Regierung, sich hier einem wirksamen Schutz zu unterwerfen.

Soweit es nicht möglich ist, im europäischen Bereich Schutz umzusetzen, muss die deutsche Staatsgewalt versuchen, das jedenfalls im nationalen Raum zu tun. Dazu gehört es aber auch, darauf hinzuwirken, dass im europäischen Bereich nationale Interessen verfolgt werden können. Dazu gehört, meine ich, dass die sehr löchrige Safe-Harbor-Abrede korrigiert wird und dass das SWIFT-Abkommen überprüft wird. Ich kann mir nicht vorstellen, dass ein Staat an einem Freihandelsabkommen über eine Freihandelszone mitwirken sollte, ohne dass es Schutzvorkehrungen vor Ausspähung gibt. Jedenfalls denke ich, dass diplomatische Leisepfoten hier allein nicht ausreichen, sondern dass auch deutlich gemacht werden muss, dass es Schutzinteressen rechtlicher und politischer Art gibt und dass es legitim ist, dass Regierung und Parlament ~~hier~~ <sup>hier</sup> hinwirken.

Zum Schluss komme ich noch einmal auf den Systemschutz als wichtige Ergänzung des Schutzes der Individualinteressen zu sprechen. Dies bedeutet, sich um Vorkehrungen zur Ermöglichung privaten Selbstschutzes zu bemühen, etwa durch wirkungsvolle und auch leicht zugängliche Verschlüsselungssysteme. Es bedeutet den Ausbau der IT-Sicherheitskonzepte von dieser Denkhaltung her, die ich beschrieben habe, also im Hinblick auf IT-Strukturen, Dateien und Register, aber auch ~~im~~ Verfahrensschutz. Es bedeutet, dass es, wenn andernfalls eine sichere Kommunikation nicht ermöglicht werden kann, Vorkehrungen für innerdeutschen Telekommunikationsverkehr gibt, der etwa nur noch über in Deutschland gelegene Server geht. Es geht da

rum - soweit das Cloud Computing zunimmt -, dass eigene Datenspeicherkapazitäten geschaffen werden, etwa eine EU-Cloud oder eine Schengen-Cloud oder notfalls eine auf Deutschland begrenzte Möglichkeit der Speicherung.

Aber es geht auch um ein grundsätzliches Überdenken der Netzphilosophie des Internet. Das Internet ist ja zunächst bewusst dezentral, global, praktisch unverletzbar organisiert worden. Nun zeigen sich neue Verletzungspotenziale. Das heißt, aufgrund der neuen technologischen Entwicklungen, der neuen Geschäftsmodelle im Internet muss man darauf achten, dass der Schutz nicht unterlaufen wird. Und wenn Risiken bestehen, auch durch staatlich-private Gefährdungspartnerschaften - - So möchte ich das mal nennen, wenn Google und Facebook mit staatlichen Instanzen zusammenarbeiten. Es muss versucht werden, dagegen einen Wall aufgebaut zu bekommen.

Das heißt, es muss auch darüber nachgedacht werden, ob beim Netz eine Teildezentralisierung und ein Rückbau der globalen Vernetzung für solche Kommunikationsvorgänge, die besonderen Sicherheitsanforderungen unterliegen, geschieht. Das heißt nicht, dass die globalen Netze im Übrigen beseitigt werden müssten oder dergleichen. Es muss aber eine Wahlfreiheit für die Nutzer geben, und zwar Wahlfreiheit als Teil von Kommunikationsfreiheit; denn Freiheit in der Kommunikation ist ein zu wichtiges Gut, als dass ihr Schutz allein dem Verhalten kommerzieller Unternehmen und ihren Geschäftspolitiken anvertraut werden kann. Dies ist auch eine staatliche Aufgabe. - Vielen Dank.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank, Herr Professor Hoffmann-Riem. - Ich darf nun dem dritten Sachverständigen, Herrn Professor Bäcker, das Wort zu seinem Eingangsstatement geben. Bitte schön.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Herr Vorsitzender! Meine Damen und Herren! Ich bedanke mich auch herzlich für die Gelegenheit, vor Ihnen vorzutragen. Ich habe mich jetzt gefragt, ob ich mit meinem Statement gegen das eingangs ausgesprochene Vollständigkeitsgebot verstoße. Ich bitte also, von Strafverfolgungsmaßnahmen oder Zwangsmitteln Abstand zu nehmen. Ich habe einen Grund dafür. Ich kann

T auch d  
76,  
T h  
vernünftigt

→ auf diese Beachtung

→ t fomal

→ auf

(an der



*7 gegebenenfalls 2*

ausländische Stelle billigt und duldet, ist das aus meiner Sicht ein Grundrechtseingriff in das Fernmeldegeheimnis und muss deswegen nach den Maßgaben, die für Grundrechtseingriffe gelten, gerechtfertigt werden. Das bedeutet insbesondere: Wir brauchen dafür eine gesetzliche Grundlage. Irgendwelche angeblichen geheimen Abkommen, von deren genauer Existenz ich letztlich nicht mehr weiß als das, was ich in dem Buch von Herrn Foschepoth gelesen habe, scheinen mir eine solche Rechtsgrundlage schon deswegen nicht herzugeben, weil sie nicht publik sind, sondern weil sie ja gerade geheim sind. Und eine Rechtsgrundlage für Einzelfallgenehmigungen an ausländische Dienste ist mir nicht bekannt. Von daher würde ich meinen, dass eine solche Billigung dann eben auch eine gesetzliche Ermächtigung voraussetzt, über die Sie im Bundestag debattieren müssten - unter tatkräftiger Begleitung der öffentlichen Meinung.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Herr Professor Hoffmann-Riem.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Danke schön. - Ich gehe zunächst auf den ersten Block ein. Das Verfassungsgericht hat versucht, die Geltungsbereiche, Schutzbereiche von Artikel 10 und dem IT-Grundrecht abzugrenzen. Das Grundrecht aus Artikel 10, Telekommunikationsfreiheit, hat ja eine bestimmte Entstehungsgeschichte. Es ging nämlich darum, Gefährdungen durch Recht abzuwehren, die durch die räumliche Trennung zwischen Kommunikator und Rezipienten entstehen. Weil sie nicht gemeinsam im Raum sind, können sie sich auch nicht selber schützen. Es geht also gewissermaßen um Risiken durch die Distanz. Das bedeutet, dass Zugriffe in der Distanz, also bei der Kabelübertragung oder bei der Satellitenübertragung, in den Schutzbereich von Artikel 10 fallen.

Demgegenüber stellte sich bei den Entscheidungen zur Onlinedurchsuchung folgende Problematik: Seinerzeit war es nicht möglich, per Kabel zuzugreifen. Die waren aus technologischen Gründen gewissermaßen abhörsicher. Das ist heute überwunden. ~~Deswegen~~ kam die Idee: Dann müssen wir entweder an der Quelle, bei dem Absender oder bei dem Empfänger an den

Endgeräten versuchen, Zugriff zu bekommen, zu manipulieren, damit wir ~~hier~~ die Daten, die dort eingegangen sind oder eingehen werden, abgreifen können. Das Verfassungsgericht hat sich ~~jetzt~~ mit diesen Maßnahmen an den Endgeräten befasst. Dabei ist ein Endgerät natürlich nicht ein Kasten, sondern ein System. Es hat Zugang zu anderen Netzen. Es ist eventuell noch mit einer Reihe anderer technischer Möglichkeiten verknüpft. ~~In abgewehr~~ werden können und müssen. ~~Die~~ ~~jetzt~~ war die Grundidee ~~die~~, dass die Gefährdungen, die dadurch entstehen, dass ich für meine eigenen Zwecke auf Hard- und Software dieser Art angewiesen bin, ~~sonstfalls~~, wenn man das Grundrechtsschutzniveau halten will, das das Grundgesetz vorgibt ~~abgewehrt~~ werden können müssen. Und das geschieht eben durch diese neue Grundrechtskonkretisierung. Dabei wird man in Einzelfällen sicherlich darüber streiten können, wie das mit den Knotenpunkten ist, was Sie eben angesprochen haben. Das muss man sicherlich dann auch von den jeweiligen Gefährdungspotenzialen her ansehen.

Aber ich würde doch noch unterscheiden; deswegen habe ich das in meiner Darstellung vorhin auch noch etwas breiter gezogen. Es geht ja jetzt nicht nur darum, Schutzpflichten aus dem engen Bereich, den diese IT-Grundrechtskonzeption nennt, zu verwirklichen, sondern Schutzpflichten folgen ~~hier~~ auch aus anderen Normen. Sie sind ~~eben~~ nicht nur aus Grundrechtsnormen abzuleiten. Im Grunde muss man heute, in Zeiten der vernetzten globalen Kommunikation, wo alle möglichen Kommunikationsinhalte unterschiedlicher Art in dem gleichen System transportiert werden, die verschiedenen Normen in der Gesamtschau betrachten. Wenn es darum geht, eine staatliche Schutzaufgabe zu verwirklichen, dann ist nicht so wichtig, ob ~~das~~ aus einem Individualgrundrecht folgt oder aus einem Auftrag, wie etwa Artikel 87 f Grundgesetz ~~oder so~~, sondern ~~das ist ein~~ Schutzauftrag, der auch in der Gemengelage gesehen werden kann, sodass es für die Wahrnehmung dieses Schutzauftrags, politisch gesehen, für den Gesetzgeber nicht zwingend darauf ankommt, aus welcher Quelle er sich jeweils motiviert sieht, etwas zu tun. Etwas anderes ist es, wenn es um Rechtsschutz geht, weil dieser Schutzauftrag nicht erfüllt wird. Dann muss man wieder genau hinsehen. Aber für poli-



18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

tische Gestaltung, denke ich, darf man das in der Gesamtkonzeption sehen.

Zweiter Fragebereich: Souveränität. Das sehe ich auch so, wie Herr Bäcker es schon gesagt hat. Ich möchte noch mal deutlich machen: Wenn ein ausländischer Geheimdienst in einem anderen Land, etwa in Deutschland, tätig wird, dann hat er natürlich zu prüfen, ob er das nach nationalem Recht darf. Ob die NSA das nach nationalem amerikanischem Verfassungsrecht wirklich alles darf, ist durchaus umstritten, weil das in der gesetzlichen Grundlage nur partiell angelegt ist und zum Teil durch präsidiale Akte dazu gekommen ist. Das will ich aber gar nicht prüfen. Das ist ja nicht unser Problem. Das muss die NSA in den USA ausmachen. Aber in keinem Fall kann sie durch eine nationale Ermächtigung amerikanischer Art eine Ermächtigung bekommen, im deutschen Grundrechtbereich deutsche Gesetze zu verletzen.

Deswegen muss man fragen: Gibt es solche Gesetze, die sie dazu ermächtigen? Wenn Sie sich das BND-Gesetz und all die anderen Gesetze ansehen, finden Sie dort keine Ermächtigung für die NSA oder irgendeinen anderen ausländischen Geheimdienst. Wenn man das wollte, müsste man also ein Gesetz schaffen, das meinetwegen der NSA diese Möglichkeiten gibt. Das ist wieder eine politische Frage. Aber ich denke doch, dass man das nur unter dem Aspekt von Gegenseitigkeit näher überlegen würde, also keineswegs so, dass ein kleineres Land wie die Bundesrepublik sich gewissermaßen unterwirft und sagt: Ihr dürft bei uns machen, was ihr wollt, auch wenn wir wissen, dass ihr im Übrigen von uns erwartet, dass wir natürlich in den USA nicht dergleichen tun.

Zu der letzten Frage, wie weit ausländischen Geheimdiensten etwas erlaubt werden kann - in allgemeiner Form gestellt; welche Art von Abkommen -, bleibt wieder das Gleiche zu sagen: Hier gelten Gesetzesvorbehalte. Natürlich können Sie auch Gesetzesvorbehalte durch internationale Abkommen vorbereiten und ~~in~~ in nationales Recht transferieren. Aber ~~Sie brauchen eben~~ eine gesetzliche Ermächtigung, selbst wenn Sie nur dazu ermächtigen wollen, dass Einzelgenehmigungen erteilt werden. Das ändert nichts an der Notwendigkeit einer solchen Rechtsgrundlage. Und auch die sehe ich im deutschen Recht nicht.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank, Professor Hoffmann-Riem. - Herr Professor Papier, ich darf Ihnen das Wort geben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Ich kann in den meisten Fragen eigentlich Bezug auf das nehmen, was meine Vorredner gesagt haben. Ich will aber ergänzend noch etwas zum Schutzbereich ausführen, also zu Ihrer ersten Frage, Herr Vorsitzender. Wir haben es hier ja mit, sagen wir mal, unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Gewährleistungen zu tun, die im Einzelfall schwierig abzugrenzen sind, aber im Grunde alle die gleiche Wurzel im Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 haben, also im Schutz der menschlichen Persönlichkeit. Es ist natürlich einmal das zwar spezialgesetzlich geregelte Grundrecht des Telekommunikationsgeheimnisses. Es ist auch ganz klar, dass mit diesem Grundrecht die Privatheit geschützt werden soll. Es gibt entsprechende ausländische Verfassungen. Auch die europäischen Verfassungen oder Grundrechteverbürgungen subsumieren gewissermaßen das Telekommunikationsgeheimnis unter den Schutz der Privatheit. Daneben gibt es das Grundrecht, das das Bundesverfassungsgericht aus diesem allgemeinen Persönlichkeitsschutz entwickelt hat, nämlich das Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Und dann können Sie natürlich noch das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung, also das etwas plakativ als Datenschutzgrundrecht bezeichnete Recht, heranziehen.

Hier gibt es immer wieder Überschneidungen und Abgrenzungsprobleme, insbesondere zwischen dem Grundrecht auf Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme auf der einen Seite und dem Grundrechtsschutz auf Wahrung des Telekommunikationsgeheimnisses. Herr Hoffmann-Riem hat es ja schon angedeutet. Wir haben uns gerade auch bei der Entscheidung zur Onlinedurchsuchung doch einige Gedanken gemacht: Wie sind diese Grundrechte gegeneinander abzugrenzen? Oder: Brauchen wir überhaupt ein solches Grundrecht auf Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme? Haben wir nicht durch das Telekommunikationsgeheimnis auf der einen Seite und das Grundrecht auf informatio-



pflichterfüllung zu erreichen. Also über die strafrechtliche Ausweitung, die ich angesprochen hatte, sollte man auch ernsthaft nachdenken.

Ich weiß nicht, ob ich jetzt alle Ihre Fragen beantwortet habe. Sonst müssten Sie noch korrigieren.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Im Zweifel haben die Mitglieder des Untersuchungsausschusses in einer weiteren Runde noch einmal Gelegenheit, nachzufragen. Machen Sie sich von daher keine Sorgen.

Bevor ich jetzt das Wort an Herrn Professor Hoffmann-Riem weitergebe, muss ich darauf hinweisen, dass aus diesem Saal getwittert wird, Bilder getwittert werden. Ich bitte, das zu unterlassen. Es lässt sich relativ schnell feststellen, wo die Person sitzt. Ich bitte, das zu unterlassen, sonst müssen Sie den Saal verlassen. - Danke schön.

Herr Professor Hoffmann-Riem, ich darf Ihnen das Wort geben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Meine Damen und Herren, unter dramaturgischen Aspekten ist es ja relativ langweilig, dass drei Sachverständige, von vier Fraktionen des Deutschen Bundestages benannt, fast das Gleiche aussagen, aber ich denke, politisch gesehen ist das eine Nachricht. Insofern hoffe ich, dass Sie die Langeweile dadurch überwinden können, dass Sie dies miterleben. Insofern sind wir auch in diesen Fragen, die Herr Papier schon weitgehend beantwortet hat, nicht auseinander.

Ich möchte aber doch zu Frau Renner sagen: Ich habe versucht - und wir haben versucht -, erst mal deutlich zu machen, dass wir nicht nur in grundrechtlichen Abwehrrechten denken dürfen, sondern dass es eben auch Aufträge und Schutzaufgaben gibt. Dabei ist seit langem anerkannt - Herr Papier hat es eben noch mal ausgeführt -, dass natürlich die Umsetzung solcher Aufträge einen weiten Gestaltungsspielraum vor sich findet.

Wer füllt den denn aus? Das ist der Gesetzgeber, das sind Sie. Das ist nicht die Bundesregierung, das sind Sie. Insofern ist die Frage, ob der Gesetzgeber sich zu einer Lösung durchringen kann, die diesem Schutzauftrag gerecht wird.

Dabei gibt es aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben gewisse Orientierungswerte. Ich glaube auch, dass man in Anbetracht der doch sehr massiven Beeinträchtigung, die wir jetzt erst erfahren haben durch Snowdens Aktivitäten, nicht bestreiten kann, dass etwas geschehen muss. Die Frage des Ob kann man also, meine ich, nicht verneinen, aber bei der Frage des Wie gibt es weite Gestaltungsspielräume, insbesondere wenn es darum geht, Dinge abzustimmen mit anderen Staaten, die natürlich auch eigene Vorstellungen haben.

Insofern können wir Ihnen jetzt nichts ganz konkret an die Hand geben, sondern nur deutlich machen: Hier ist eine Aufgabe für den Gesetzgeber mit bestimmten Orientierungen, und wir haben versucht, Ihnen dazu ~~eben~~ auch noch ein Stück Argumentationsmittel in die Hand zu geben. H 8

Soweit nun - das war Ihre zweite Frage - private Auftragnehmer, Provider oder wer es auch immer ist, mit anderen Unternehmen kooperieren, wie etwa NSA, und Daten herausgeben, wie es offenbar in Amerika, zum Teil freiwillig, zum Teil durch gesetzliche Vorgaben, geschehen ist: Da kann ich nur sagen: Die Grundrechtsbindung gilt unmittelbar nicht für Private, aber mittelbar gelten natürlich die Grundrechtsschutzvorkehrungen, die das nationale Recht enthält. Die Vorgaben im Telekommunikationsgesetz, im Datenschutzgesetz, im StGB binden ~~bei~~ diese nationalen Träger ~~und sie sind (einfach)~~ nicht in der Lage, H 8  
H 8  
H 8 wenn sie diese Normen einhalten wollen, einfach Daten herauszugeben. Ich glaube, dass insofern schon eine Fülle von rechtlichen Vorgaben geschaffen worden ist.

Dann haben Sie mich speziell noch einmal zu § 153 d StPO gefragt. Das ist auch - auch darauf hat Herr Papier schon hingewiesen - eine Norm, die einen Opportunitätsspielraum in Abweichung von dem grundsätzlich geltenden Legalitätsprinzip enthält, und der Maßstab ist ja „schwerer Nachteil für die Bundesrepublik“ oder eben „~~gewichtig~~ öffentliche Interessen“. Hüber-  
wiegende Aber auf der Gegenseite steht auch ein schwerer Nachteil für die Bundesrepublik, zwar nicht für die Existenz der Bundesrepublik, aber für die Funktionsfähigkeit der Freiheitsverwirklichung in der Bundesrepublik, und zwar nicht nur für privatpersönliche Dinge, auch für Wirtschaftsunter-



nehmen, für das gesamte öffentliche Leben. Das steht auch im Raum.

Ich denke, dass, wenn das Vertrauen in die Integrität und damit Funktionsfähigkeit, auch die soziale Funktionsfähigkeit, etwa das Internet, erschüttert ist, dann kann das erhebliche Auswirkungen für die Möglichkeit ~~der~~ wirtschaftlichen Verhaltens, aber natürlich auch individuellen Verhaltens haben. Es hat also sehr viel Bedeutung für die Gesellschaft, und deswegen geht es darum, dass man jetzt einerseits den schweren Nachteil für die Bundesrepublik, der daraus entsteht, dass die Vereinigten Staaten verstimmt sind, und andererseits das andere, dass möglicherweise die Freiheitsausübung doch durch Einschüchterungseffekte und Ähnliches gefährdet ist, abwägt.

Diese Abwägung ist eine Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden. Aber es kann sein - aber ich kann jetzt natürlich nicht definieren, wann genau -, dass es sich um eine Ermessensreduzierung auf null handelt, dass auch mal unter Inkaufnahme von gewissen diplomatischen Verwicklungen hier deutlich gemacht werden muss, dass der Grundrechtsschutz der Bürger ein so hohes Gut ist, und zwar der Bürger insgesamt, dass hier der Staat auch Flagge zeigt und sich nicht nur im stillen Kämmerlein mit irgendwelchen kleinen Beschwerden zufriedengibt.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Dann darf ich Ihnen, Herr Professor Bäcker, das Wort für die an Sie gerichteten Fragen geben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Vielen Dank. - Ich glaube, ich kann mich auch im Wesentlichen kurzfassen.

Ich glaube, es ist klar geworden, dass die Ableitung konkreter Handlungspflichten aus grundrechtlichen Schutzpflichten ein Problem darstellt. Wenn Sie fragen, was Sie als Gesetzgeber tun können: Herr Papier hat ja hingewiesen auf die Möglichkeit, den internationalen Anwendungsbereich des Strafgesetzbuches hinsichtlich mancher Delikte zu erweitern. Ich persönlich tue mich schwer damit, grundsätzlich Pönalisierungsgebote aus Grundrechten herzuleiten. Aber das ist sicherlich eine Erwägung. Auch die von Herrn Hoffmann-Riem angesprochene Ermessensreduktion könnte man ja als eine Konkreti-

sierung einer grundrechtlichen Schutzpflicht unter diesem Vorzeichen begreifen.

Die Regierung ist natürlich auch an Schutzpflichten gebunden. Aber die Vorstellung, dass Sie jetzt die Bundesregierung verpflichtet bekommen, ganz konkret auf bestimmte Vertragsinhalte zu dringen oder so etwas, wird nicht funktionieren. Das wäre eigentlich ja auch kontraproduktiv. Die Prärogative der Regierung für die auswärtigen Beziehungen hat ja ihren Grund und sollte daher jetzt nicht vorschnell unterlaufen werden.

Was die Frage der Gefahrenabwehrmaßnahmen angeht: Prinzipiell würde ich erst mal sagen, ein Angriff seitens einer ausländischen Sicherheitsbehörde auf Netze, auf Kommunikationsnetze oder auch auf vernetzte informationstechnische Systeme, ist ja auf der technischen Ebene nichts grundsätzlich anderes als ein Angriff seitens privater Schädiger. Das geschieht mit einer anderen Zielsetzung und möglicherweise auch in anderem Maßstab, also in größerem Maßstab, als das ein normaler Krimineller hinbekommt; aber prinzipiell würde ich denken: Wenn ausländische Sicherheitsbehörden jetzt Trojaner verbreiten, um damit informationstechnische Systeme abzulauschen, oder wenn sie Telekommunikationskabel knicken, um dadurch Daten zu erheben, dann wäre der nächstliegende Mechanismus erst mal, dass eben das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, das solche Fälle bearbeitet, tätig wird und guckt, was man dagegen machen kann, ob es Warnungen aussprechen kann, ob es irgendwie in der Lage ist, ansonsten da zu helfen.

Ein interessanter Punkt in diesem Zusammenhang wäre noch - da sind wir noch mal bei den Schutzpflichten -: Wenn jetzt der Bundesnachrichtendienst zum Beispiel irgendwie erfahren sollte, dass es zu so etwas gekommen ist - das ist ja vorstellbar dank der exzellenten auswärtigen Beziehungen, über die solche Behörden mitunter verfügen -, dann besteht ja die Möglichkeit für den Bundesnachrichtendienst, diese Erkenntnis an andere staatliche Stellen zu übermitteln - § 9 Bundesnachrichtendienstgesetz -, soweit der Empfänger die Daten für Zwecke der öffentlichen Sicherheit benötigt. Das ist eine Vorschrift, die ich in anderem Kontext immer als verfassungswidrig geißele, die aber natürlich hier tatsächlich helfen würde; denn zur öffentlichen Sicherheit



abgrenzen können, stellt sich die Frage, wie Sie überhaupt diese doch ziemlich grundlegende Unterscheidung, die das geltende Recht macht, eigentlich nachvollziehen wollen. Wie das in der Praxis gehandhabt wird, entzieht sich leider meiner Kenntnis, weil alle Antworten auf Fragen, die in Kleinen Anfragen verschiedener Oppositionsparteien dahin gingen, immer nur in der Geheimschutzstelle des Bundestags hinterlegt worden sind. Wenn Sie in der letzten Legislaturperiode schon dabei gewesen wären, hätten Sie einmal nachschauen können.

Ich kann nur sagen: Ich weiß es nicht, und ich habe mit Technikern gesprochen, die mir gesagt haben, auch sie wüssten es nicht. Das waren Techniker, denen ich vertraue. Deswegen würde ich jetzt einmal sagen: Ich glaube nicht, dass es geht.

Das bringt uns natürlich in der Tat dann zu der Schlussfolgerung, dass wir uns fragen müssen, ob wir vielleicht mit anderen gesetzlichen Differenzierungen arbeiten müssen, und das würde ich dringend befürworten. Insbesondere diese Unterscheidung zwischen in- und ausländischen Kommunikationsteilnehmern, was den Schutzbedarf und die Schutzwürdigkeit angeht, ist nicht tragfähig. Artikel 10 ist eben kein Deutschengrundrecht, sondern gilt für inländische und ausländische Telekommunikationsteilnehmer gleichermaßen. Aus meiner Warte wäre es deswegen Ihre Aufgabe, ein Gesetz zu entwerfen, das den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahrt unter der Annahme, dass inländische wie ausländische Kommunikation im Prinzip gleichermaßen erfasst werden kann. Ob Sie dann die strategische Fernmeldeüberwachung in ihrer bisherigen Gestalt wirklich beibehalten können, müsste man sich dann einmal gründlich überlegen.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Herr Professor Hoffmann-Riem.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Herr Flisek hatte zunächst nach dem Bürger und danach gefragt, was er machen kann. In der Zeit, als ich am Bundesverfassungsgericht im gleichen Senat wie Herr Papier war, ist mir aufgefallen, dass das Verfassungsgericht mehrfach, und zwar in zunehmender Bedeutung, die

objektiv-rechtliche Bedeutung von Grundrechtsnormen herausgestellt hat. Das ist ~~ein~~ <sup>H 2</sup> eine Tendenz, die erkennbar macht, dass Rechtsschutz, auch Grundrechtsschutz, eben nicht ausschließlich über Individualrechtsschutz, und zwar Gerichtsschutz der Bürger, verwirklicht wird, sondern dass es eine Fülle von Maßnahmen gibt, die notwendig sind, um Grundrechten Verwirklichungschancen zu geben.

Deswegen glaube ich nicht, dass wir die Problematik, die heute diskutiert wird, in einer vorrangigen Perspektive an den Bürger weitertragen dürfen, so nach dem Motto: Tu mal was, und wende dich an die Gerichte! - Das scheitert schon an der fehlenden Kenntnis; das wurde eben angesprochen. ~~Aber~~ <sup>H 2</sup> es ist ein Problem, das sich zwar individuell auswirkt, aber dessen Dimension weit überindividuell ist. Deswegen ist es so wichtig, dass man die großen Kontexte und die Verantwortung des Parlaments sieht.

Sie haben dann noch einmal die Frage der Ermessensreduzierung beim Wie angesprochen, natürlich auch beim Ob. Tut man etwas, und wie tut man etwas? Ich möchte da fast etwas polemisch formulieren: Eine politische Ermessensreduzierung hätte es vermutlich gegeben, wenn die Abhöraktion gegen die Bundeskanzlerin von Russland oder China ausgegangen wäre. Gleiches könnte auch gelten, wenn nicht die NSA, sondern eben eine der Institutionen dieser beiden Länder oder anderer Länder das gemacht hätten. Es ist also auch eine Frage der politischen Rücksichtnahme, die hier im Raum ist. Das kann das Recht nicht alles in den Blick bekommen, sondern es wird ~~Aber~~ <sup>H 3</sup> erkennbar, dass Recht in einem politischen Kontext genutzt wird und wir nicht alles in der Form von Gerichtsförmigkeit abarbeiten können. Deswegen ist es so gut, dass wir jetzt hier beim Gesetzgeber sitzen.

Ich wollte noch eine kleine, auch fast etwas polemische Bemerkung zu der Frage machen: Was heißt eigentlich in § 1 des BND-Gesetzes „im Geltungsbereich dieses Gesetzes“? Das wurde eben so definiert: Es muss in Deutschland sein, irgendwie jedenfalls die Verarbeitung usw. Aber da der BND sich nach Absatz 1 auf die Aufgabenstellung bei der strategischen Auslandsüberwachung auf dieses BND-Gesetz bezieht, geht er offenbar davon aus, dass der Geltungsbereich dieses Gesetzes auch ~~im~~ <sup>H das</sup> Ausland ~~ist~~. Wir haben hier irgendwie eine merkwürdige, schillernde   
 ~~H umfasst.~~



18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

Argumentation, die ~~so etwas~~ instrumentell wirkt. Wenn es nützt, dann bezieht man sich auf die enge Auslegung, wenn es nicht nützt, vergisst man sie. Das könnte ~~vielleicht auch~~ bei einer zukünftigen Novellierung deutlicher ~~gemacht~~ werden. H 3

Was nun die Aktivitäten von befreundeten Botschaften anbelangt, so gibt es in der Tat aufgrund der Immunität der Botschaften kein Zugangsrecht zu diesen Botschaften, und wir wissen - das hat der amerikanische Botschafter auch deutlich gemacht -: Er lässt offenbar auch keine deutsche Stelle auf das Dach des Gebäudes gehen und nachsehen, was da passiert. Dieser Immunitätsschutz ist durch Völkerrecht abgesichert. Trotzdem glaube ich, dass Abhörmaßnahmen oder sonstige Aktionen, die von dort aus in das deutsche Recht hineinwirken, nicht durch Völkerrecht gedeckt sind und auch insofern rechtswidrig sind. Ich glaube aber auch nicht, dass wir durch Störsender oder ähnliche Aktionen gegen die amerikanische Botschaft das Problem bewältigen könnten. Das muss auch wieder auf politischem Wege getan werden. H 3

Was die letzte Frage nach den Schutzlücken in der Verfassung anbelangt: Jedenfalls im Grundrechtsbereich sehe ich keine Notwendigkeit. Die Grundrechte sind wirklich ein gelungenes Kernstück unserer Verfassung, und ~~sie haben~~ H 2 hat wie auch die Weiterentwicklung durch das Bundesverfassungsgericht gezeigt hat, immer wieder genügend Anhaltspunkte gegeben, um auf tatsächliche Änderungen, technologische, soziale Änderungen, zu reagieren. Das heißt also, die Grundrechtsnormen werden auch als eine Art lebendes Recht verstanden, das Zielsetzungen des Freiheitsschutzes vorsieht, aber Veränderungen der Gefährdungen der Zielverwirklichung aufnehmen kann und durch eine gewisse Rechtsfortbildung dann auch entsprechende Schutzvorkehrungen hinreichender Art bereithält. - Vielen Dank.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Herr Professor Papier.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Zunächst ein paar Worte noch zur Auslandsaufklärung des BND: Das ist im Grunde seine Aufgabenstellung, und nur Auslandsaufklärung. Das ist ja der Auslandsgeheimdienst. Aber

man muss eben unterscheiden, auch bei den Nachrichtendiensten - das ist jedenfalls unsere rechtsstaatliche Tradition in Deutschland -, zwischen der Aufgabenstellung und den vom Gesetzgeber eingeräumten Befugnissen. Das haben wir schon im Polizei- und Ordnungsrecht kennengelernt. Allein aus der Aufgabenstellung der Polizei- und Ordnungsbehörden folgen noch nicht alle möglichen Eingriffsermächtigungen, sondern die Behörden haben bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nur diejenigen Befugnisse, die ihnen normenklar und bereichsspezifisch eingeräumt sind. Und wenn sie keine spezielle Ermächtigung haben, dürfen sie nicht unter Hinweis auf ihre Aufgabenstellung Grundrechtseingriffe vornehmen.

Dasselbe gilt für den BND. Natürlich ist die Auslandsaufklärung vielfach ohne Grundrechtseingriffe oder nicht mit Grundrechtseingriffen verbunden. Wenn Zeitungsausschnitte in den Vereinigten Staaten gesammelt werden oder man Gespräche mit Leuten führt, die vielleicht ein gewisses vertrauliches oder vertrauensvoll zu behandelndes Wissen haben, aber es freiwillig ausplaudern, dann hat das keine Grundrechtsrelevanz. Aber wenn der Auslandsgeheimdienst in Wahrnehmung seiner Aufgabenstellung, der Auslandsaufklärung, dann spezifische Grundrechtseingriffe vornehmen will, dann muss man schon verlangen, dass er nach deutschem Recht diese Grundrechte auch zu wahren hat. Wenn Soldaten der Bundeswehr in Afghanistan Grundrechtseingriffe vornehmen, sind sie nach deutschem Recht zu behandeln. Es kann natürlich sein, dass diese Grundrechtseingriffe legitimiert sind aufgrund völkerrechtlicher Gegebenheiten oder völkerrechtlicher Normen. Dann ist der dafür vorhandene, nach deutschem Hausrecht nötige Gesetzesvorbehalt im Völkerrecht zu finden, meinetwegen auch im Kriegsvölkerrecht. Aber ohne eine gesetzliche Ermächtigung dürfen beispielsweise auch im Ausland tätige Soldaten der Bundeswehr keine Freiheitseingriffe, keine Grundrechtseingriffe vornehmen, gar das Leben anderer beeinträchtigen, es sei denn, sie verfügen über eine gesetzliche oder völkerrechtliche Ermächtigung. Das ist ganz klar. Es ist übrigens auch von der Haftungsjudikatur, von der Staatshaftungsjudikatur anerkannt, dass deutsche Amtsträger, wenn sie im Ausland agieren und dort Grundrechte verletzen, sich dann auch, je-



etwa in Bezug auf Erhebung, Speicherung und Verwendung von Telekommunikationsdaten entwickelt. Aber ich gehe davon aus - ich bin eigentlich fast sicher -, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zumindest ähnliche Maßstäbe aus dem Artikel 8 EMRK herleiten wird wie jetzt der Europäische Gerichtshof der Union zu Artikel 7 und 8 der Europäischen Grundrechtecharta und zuvor schon das Bundesverfassungsgericht zu Artikel 10 des Grundgesetzes. An diese Vorgaben ist das Vereinigte Königreich gebunden.

Es liegen Individualbeschwerden vor aus Deutschland. Aber ich vermisse immer wieder, schon seit geraumer Zeit, auch die Bereitschaft und den Willen der Signatarstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention, von einer Möglichkeit im Extremfall Gebrauch zu machen, die ihnen die Konvention einräumt, nämlich einer Staatenbeschwerde. Ich glaube, es hat noch keinen Fall gegeben, jedenfalls aus Deutschland mit Sicherheit noch nicht. Es gibt nicht nur die Individualbeschwerde, sondern auch die Staatenbeschwerde vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.

Ich bin mir jetzt nicht sicher, ob ich Ihre Fragen alle beantwortet habe, weil ich ja im Grunde hier als Letzter in diesem Bereich geredet habe und möglicherweise doch eine Sache noch nicht aufgegriffen habe, die auch meine Vorredner noch nicht behandelt haben. Aber dann bitte ich wirklich um Nachfrage, Herr Vorsitzender.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. Die werden im Zweifel in den folgenden Runden kommen, wenn noch Themenbereiche unbeantwortet geblieben sind. Ganz herzlichen Dank trotzdem für die umfangreiche Beantwortung bis jetzt. - Herr Professor Hoffmann-Riem.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Herr von Notz, Sie haben ja eine Reihe von Fragen angesprochen, die ich auch tangiert hatte in meinen Einführungsaussagen. Dem habe ich eigentlich nicht viel hinzuzufügen. Wenn ich Safe Harbour erwähne, wenn ich SWIFT erwähne, wenn ich Freihandelszone erwähne, wenn ich Vertragsverletzungsverfahren erwähne - ~~und~~ Staatenbeschwerde habe ich, glaube ich, auch erwähnt -, dann habe ich Stich-

worte benannt, die zunächst einmal nur einen Aha-Effekt auslösen können, weil wir ja nicht von Verfassungen wegen das erzwingen können, sondern hier sind politische Entscheidungen gefragt. Aber ein Parlament hat auch die Möglichkeit, sei es durch Entschlüsse - das ist natürlich auch ein stumpfes Schwert, aber immerhin ist es ein politisches Schwert -, hier Druck zu machen. Aber ich denke, wir drei sind uns einig, dass das nicht allein über Rechtsfragen und vor allem Gerichtsbarkeit gelöst werden kann.

Dann haben Sie als eines der vielen Dinge zum Beispiel die Frage des Ringtauschs angesprochen. Da muss ich eine grundsätzliche Bemerkung machen. Ich finde es glücklich, so wie ich jetzt diese Veranstaltung wahrnehme, dass Sie am Beginn Ihrer Recherchen sich ~~binnen~~ einen Überblick über die großen Linien der Orientierung beim Recherchieren und eventuell beim Lösen von Problemen verschaffen. Aber jetzt Fragen zu beantworten zum Beispiel nach dem Ringtausch, setzt eigentlich voraus, dass Sie das aufgeklärt haben. Das ist ja ein Teil Ihrer Aufträge. Ich denke, es wäre, für mich jedenfalls, etwas leichtfertig, jetzt gewissermaßen abstrakt zu solchen Fragen Stellung zu nehmen, sondern ich würde gerne mehr darüber wissen. <sup>Wie ich</sup> auch haben auch Sie alle vermutlich schon mehrfach versucht - jedenfalls die Bundestagsdrucksachen, die ich dazu gelesen habe, sind da unergiebig -, etwas mehr darüber zu wissen, welche Erfolge denn die Aufklärungsarbeiten gebracht haben. Die Sätze, die Sie dazu finden, jedenfalls die, die ich gelesen habe, sind erschütternd dürftig. Ich kann mir natürlich einerseits erklären, warum sie dürftig sind; aber es könnte ja auch sein, dass es gar nicht so viel zu berichten gibt.

Das kenne ich auch in anderen Zusammenhängen, <sup>Im</sup> Zusammenhang mit Maßnahmen aus dem vorigen Jahrhundert und auch von Anfang dieses Jahrhunderts, wenn man Fragen stellte zum Beispiel nach der Leistung des Großen Lausangriffs und Ähnlichem. Als ich selbst Senator in Hamburg war, habe ich den Hamburger Innensenator gefragt, ob er mir mal etwas Material geben könne, um zu sehen, was die damals schon möglichen Überwachungsmaßnahmen bringen würden. Er war sofort bereit und sagte, das tue er, und dann bekam ich ein Papier,





dischen Nachrichtendienst handelt. Auch hier wird man weiter differenzieren müssen: Worin genau besteht jetzt das Problem aus Sicht des deutschen Rechts bei der Datenerhebung durch die ausländische Stelle? - Ich kann mir zum Beispiel ohne Weiteres vorstellen, dass eine ausländische Rechtsordnung den Gesetzesvorbehalt nicht mit der vollen Strenge durchzieht, wie wir das in Deutschland tun, wo wir ja eigentlich für jede Eingriffsmaßnahme eine formell-gesetzliche Grundlage verlangen. Wenn jetzt eine ausländische Rechtsordnung diese Forderungen so nicht kennt, dafür aber sehr starke exekutive Schutzmechanismen vorsieht, die eben doch gewährleisten, dass eine Vorfestlegung erfolgt, die gleichzeitig auch zu Begrenzungen von Datenerhebungen führt, dann ist eine solche Datenübermittlung sicherlich grundrechtlich sehr viel weniger problematisch als wenn es jetzt um Daten geht, die zum Beispiel durch Folter erlangt worden sind.

Ich glaube also, dass man da mit solchen Unterscheidungen arbeiten muss und dass man auch das in Gesetzesform zu gießen versuchen muss; denn wir haben nun mal den Gesetzesvorbehalt, sicherlich auch für die Weiterverarbeitung von solchen übermittelten Daten. Da liegt auch viel Arbeit vor Ihnen; denn im Moment haben wir dazu eigentlich nichts.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Herr Professor Hoffmann-Riem bitte.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Ich bemühe mich, zu einigen Fragen jedenfalls etwas zu sagen. Zu der Problematik Afghanistan habe ich in meiner schriftlichen Ausarbeitung etwas gesagt, ~~was~~ <sup>was</sup> mehr differenziert als bisher diskutiert worden ist. Ich hoffe, dass meine damalige Rechtseinschätzung in der schriftlichen Ausarbeitung richtig ist. Deswegen darf ich sie noch mal vorlesen, weil das möglicherweise klarmacht, dass es nicht so ganz grob beurteilt werden kann.

Nach meinen Recherchen entspricht es dem Zusatzabkommen zum NATO-Vertrag, dass Daten erhoben werden - unter bestimmten Voraussetzungen auch bei gemeinsamen Truppeneinsätzen etwa wie in Afghanistan - mit dem Ziel, ein Bild über die Lage in bestimmten Gegenden der mili-

tärischen Einsatzgebiete zu erstellen. Solche Ermächtigungen aber sind begrenzt. So erlauben sie nicht die pauschale Übermittlung von (Roh-)Daten, auch nicht von Daten, bei denen der Bezug auf die tatbestandlichen Voraussetzungen der Datenübermittlung noch gar nicht festgestellt worden ist oder bei denen der Zweck ihrer Auswertung die Weitergabe nicht rechtfertigt. Die Rechtsbindungen der Weitergabe entfallen für den BND, der ohnehin nur Auslandsaufklärung betreiben darf, auch nicht etwa dann, wenn keine Daten deutscher Staatsbürger betroffen sind. Und so weiter. - Das ist unser Thema.

Ich denke, dass es hier - ich hoffe, ich habe die Rechtslage richtig gedeutet - durchaus eine differenzierende Schutzkonzeption gibt, die Sie nicht in Bezug genommen haben, sondern Sie haben es als prinzipielles Problem behandelt.

Zu der Problematik des G-10-Gesetzes teile ich die Auffassung von Herrn Bäcker, dass ein Bedarf der Überarbeitung besteht. Das ist in der Tat zunächst eine Aufgabe des Gesetzgebers. Wenn die Mehrheit des Bundestages dazu nicht bereit ist, dann hat ein Viertel der Mitglieder des Bundestages die Möglichkeit, eine abstrakte Normenkontrolle an das Bundesverfassungsgericht zu bringen; dann könnte man natürlich eine solche Überprüfung durchführen lassen. Besser ist es, wenn es aus der politischen Ebene heraus eine Anpassung gibt.

Der Fall mit der Bombe und der Berliner S-Bahn - oder wo auch immer sie eventuell explodieren könnte - ist deshalb so schwer zu beurteilen, weil man eigentlich Details wissen müsste. Man kann das nicht so ganz generell sagen; aber es gibt natürlich in der Rechtsordnung auch die Problematik, dass bei der Erlangung von Daten unter Umständen, die nicht der Rechtsordnung entsprechen, trotzdem differenzierend geklärt wird, ob es ein Verwertungsverbot gibt oder nicht. Ich denke, dass man diesen Gedanken des Verwertungsverbots auch ~~jetzt~~ <sup>mit</sup> unter Abwägung von Gefahren für Leib und Leben ~~und~~ <sup>und</sup> wenn die Gefahrkonstellation so eindeutig ist, dass eine solche Gefahr besteht, ~~dass man sie so auch lösen kann~~ <sup>man prüft</sup>. Allerdings darf das dann nicht so verstanden werden, dass jedwede Übermittlung, die aus einem anderen Staat kommt, sofort in die eigene Verarbeitung hineingeht ~~in den~~ <sup>in den</sup>.

Meine letzte Anmerkung reagiert auf die Frage des Vorsitzenden über das Verhältnis von Frei-

*Handwritten notes:*  
nach Rechts- gebieten  
H prüfen muss!  
H mit

*Handwritten notes:*  
H und was  
H 8

*Handwritten note:*  
in wohl

*Handwritten note:*  
H beendet eine Ver-



18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

heit und Sicherheit. Das haben wir hier in der Tat nicht ausdrücklich thematisiert. Aber ich lege sehr großen Wert auf die Feststellung, dass ich persönlich, aber auch meine Kollegen hier und auch das Bundesverfassungsgericht in all den Entscheidungen, in denen es um Konflikte zwischen Freiheit und Sicherheit ging, niemals den Freiheitsschutz absolut gesetzt haben, sondern wir haben praktisch immer - und auch in der Zeit nach meinem Ausscheiden ist das so weitergegangen - die Anliegen des Gesetzgebers im Prinzip akzeptiert, aber rechtsstaatliche Grenzen, Bestimmtheitsanforderungen, verfahrensrechtliche Sicherungen und dergleichen gefordert. Denn natürlich kann ein Staat, der keine Sicherheit gewähren kann, auch keine Freiheit für die Bürger sichern. Umgekehrt kann es nicht sein, dass im Interesse der Sicherheit Freiheit nicht mehr sein kann. Es geht also um eine sehr subtile Justierung. Ich denke, dass das Bundesverfassungsgericht bewiesen hat, dass es möglich ist, diese Justierung vorzunehmen. ~~Aber~~ ~~mir~~ ist sehr lieb, dass ich dazu noch mal etwas sagen durfte.

Wir haben jetzt ~~hier~~ die eine Dimension angesprochen; aber natürlich ist die andere auch im Raum. Selbstverständlich müssen hier Abwägungen stattfinden; aber ~~hier~~ Abwägungen brauchen ~~fehlen~~ auch konkrete Anhaltspunkte. Nicht nur eine abstrakte Abwägung ist gefordert, sondern auch eine, die die konkreten Gefährdungslagen für die eine oder die andere Seite mit in Rechnung stellt und dann hoffentlich zu einer Lösung kommt, die Konrad Hesse Optimierung nennen würde, das heißt einer Lösung, bei der die verschiedenen Schutzgüter so weit wie irgend möglich geschützt werden, und damit eine Gesamtkomposition im Sinne der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen differierenden Rechtsgütern geschaffen wird. - Danke.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank, Herr Professor Hoffmann-Riem. - Herr Professor Papier.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Dann will ich gleich mit diesem Punkt beginnen, mit der Frage der angemessenen Balance zwischen Freiheit und Sicherheit. Ich meine, sagen zu dürfen, dass in meiner zwölfjährigen Tätigkeit als Vorsitzender des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts diese Frage der

angemessenen Balancierung - der Ausgewogenheit von Freiheitsrechten einerseits und Sicherheit andererseits - eine ganz zentrale Rolle gespielt hat. Es ist ja nun wirklich nicht so, dass das Bundesverfassungsgericht reihenweise Sicherheitsgesetze gekippt hat. Was in aller Regel oder vielfach der Fall war in den zwölf Jahren, in denen ich im Ersten Senat wirkte, war, dass man die Zielsetzung des Gesetzes durchaus anerkannte, die Zweckrichtung, nämlich entweder die Strafverfolgung oder die Gefahrenabwehr, ja auch die Aufgabenwahrnehmung durch die Nachrichtendienste zu effektuieren, dass man das durchaus als legitimes Gemeinwohlanliegen erachtet hat.

Wenn Sicherheitsgesetze in Karlsruhe scheiterten, dann war das in aller Regel deswegen, weil die Eingriffsnormen viel zu weit geraten waren, dass sie über das Ziel hinausschossen, dass sie einerseits zu unbestimmt waren, aber wegen dieser Unbestimmtheit eben auch unverhältnismäßig waren. Das war bei der Entscheidung zu der Onlinedurchsuchung so, das war letztlich auch bei der Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung so. Da ist das sicherheitsrechtliche Instrument als solches gar nicht verworfen worden, sondern die konkrete Ausgestaltung war als gegen das Übermaßverbot verstoßend erachtet worden.

Es kommt ein Zweites hinzu: Das Gericht hat allerdings auch gesagt - und dazu stehe ich nach wie vor -, dass die Freiheitsrechte nicht nur geschützt werden durch das Übermaßverbot, das immer eine Abwägung mit den gegenläufigen Belangen verlangt - insbesondere den Belangen der Sicherheitsgewährleistung -, sondern dass jedes Freiheitsgrundrecht auch einen Kernbestand der privaten Lebensgestaltung garantiert, und zwar gewissermaßen als Menschenwürdekern des Freiheitsrechts. Das ist beim Großen Lauschangriff erstmals so in dieser Form entwickelt worden, bei der Onlinedurchsuchung und überhaupt bei der Telekommunikationsüberwachung dann fortgeschrieben worden und letztlich auch in der Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung, wenn ich mich recht erinnere, noch mal thematisiert worden - wenn auch nicht so in vergleichbarer Form; es ging ja um die Verkehrsdaten und gar nicht um die Inhalte, sodass ein Eingriff in den Kernbestand privater Lebensgestaltung da eigentlich fernliegt. Aber bei den





18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

*Te Erweiterung eines*

standen, dass Sie die G-10-Kommission meinen. Die G-10-Kommission ist ja keine Pflicht des Gesetzgebers. Sie ist *1-3* ~~fast~~ nur für den Fall in Artikel 10 Grundgesetz vorgesehen worden, dass man die Mitteilung an die Betroffenen und damit den Rechtsschutz vereitelt. Das ist keine Lösung, die für alles *n unte - läuft* *→ sonstige* gewählt werden muss. Wichtig ist nur, dass auch für Auslandsüberwachung gesetzliche Grundlagen geschaffen werden. Die können durchaus abweichen von dem, was bisher für die Inlandsüberwachung vorgesehen ist.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Herr Professor Bäcker.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:**

Dem würde ich mich vollkommen anschließen. Die G-10-Kommission bzw. die Regelung der Auslandsüberwachung ist etwas, worüber man sich Gedanken machen muss. Das muss nicht genauso sein wie die Inlandsüberwachung; mit Sicherheit nicht. Aber das muss es geben.

Die Frage zu den Freunden verstehe ich so, ob es tragfähig ist, diese Differenzierung zu treffen. Das glaube ich schon, im Rahmen der strategischen Überwachung ohnehin; denn da wird nach bestimmten Gefahrenbereichen vorgegangen. Vielleicht drohen bestimmte Gefahren nicht aus allen Ländern. Ich vermute, Kriegsgefahr droht aus Frankreich nicht. Damit gäbe es auch keinen Anlass, die Fernkommunikation mit Frankreich zu überwachen. Das scheint mir eigentlich der tiefere Sinn des Ganzen zu sein.

Wie ist es mit der strategischen Aufklärung? Darauf wollten Sie noch einmal hinaus. Sind die Sicherungen, die Sie angesprochen haben, hinreichend, um die strategische Aufklärung zu tragen, wenn man davon ausgeht, dass gewisse Entgrenzungen stattgefunden haben, rechtlich und auch faktisch? Daran habe ich Zweifel. Es stimmt natürlich, es werden bestimmte Gebiete benannt; aber es sind halt ganze Gebiete, ganze Weltregionen, die in der Bestimmung genannt werden können. Das schafft noch keine besonders tiefgehende Eingrenzung.

Zum faktischen Umstand, dass der BND tatsächlich nur ganz wenig abhört: Das kann so sein, aber das ist eben wieder die Limitierung über Ethos und Budgetierung und nicht über das Recht, die ich für unzureichend halten würde.

(Abg. Hans-Christian Ströbele (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) meldet sich zu Wort)

- Wie bitte?

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Sie können nicht nachfragen, Herr Kollege Ströbele. Die Redezeit von acht Minuten für Ihre Fraktion hatten Sie deutlich überzogen. Jetzt müssen wir zur Beantwortung kommen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Dann ohne Nachfrage. - Die Suchbegriffe müssen von der G-10-Kommission genehmigt werden. Aber die G-10-Kommission führt, wenn ich das richtig sehe, insofern eine Rechtskontrolle durch, wie sie ja insgesamt eigentlich eher als richterähnlicher Kontrollapparat installiert ist, sodass ich nicht sehe, dass daraus eine besondere Legitimation herrühren würde. Das ist ein Kontrollmechanismus, der dazu dient, dass der BND legal handelt, aber kein Mechanismus, der eine Einbindung, eine demokratische Legitimation oder so etwas gewährleisten würde. Davon abgesehen: Die G-10-Kommission als Gremium des Bundestags zu bezeichnen, ist sicher irgendwie richtig. Aber die G-10-Kommission hat mit dem Bundestag in seiner gesetzgebenden Funktion ja nichts zu tun, es müssen noch nicht einmal Bundestagsabgeordnete in der Kommission sitzen; sie tun es vielfach auch gar nicht.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Ganz herzlichen Dank auch für die disziplinierte, aber inhaltstiefe Beantwortung der Fragen. Ich weiß, dass es nicht leicht ist, wenn man als Sachverständiger informieren will und dann unter einem gewissen Druck steht. Aber unter einem solchen Druck stehen wir auch aufgrund der Debatte, die jetzt im Plenum ansteht, und der namentlichen Abstimmung.

(Zuruf des Abg. Christian Flisek (SPD))

- Richtig, die Runde ist noch nicht beendet; das wollte ich gerade sagen.

Ich möchte daher, wie es auch vereinbart war, die Sitzung an dieser Stelle, um 15.15 Uhr, un-



18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

lich dass sich bei der Frage des Wie Spielräume auftun, die unter anderem Sie in Ihrer Funktion als Parlament und Gesetzgeber auszufüllen haben. Ich glaube nicht, dass man eine konkrete Maßnahme nennen kann. Das läuft ansonsten auf eine Wiederholung hinaus.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Herzlichen Dank, Herr Professor Bäcker. - Herr Professor Hoffmann-Riem.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Ich verstehe Ihre Frage so, dass es nicht um eine Schutzpflicht hinsichtlich der Grundrechte der Bürger geht, sondern dass es um die Funktionsfähigkeit eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses geht. Insofern gehört Ihre Frage in den größeren Kontext, der schon mehrfach zu Prozessen geführt hat, nämlich welche Informationspflichten die Regierung gegenüber dem Parlament hat. Ich würde sie gerne dahin gehend erweitern, welche Unterstützungspflichten die Regierung gegenüber einem Untersuchungsausschuss hat.

Wenn Sie den Eindruck haben, dass Sie die Regierung nicht hinreichend unterstützt, dann würde ich an Ihrer Stelle darüber nachdenken, ob man das gerichtlich klären lässt. Bei der Arbeit eines solchen Ausschusses, insbesondere wenn ich mir die Umfänglichkeit Ihres Fragenkataloges ansehe und mir ins Gedächtnis rufe, dass darunter sehr viele Fragen sind, auf die es, wie es scheint, für die Bundesregierung unangenehme Antworten ~~gibt~~, kann es sein, dass ein Konflikt im Raume ist. Dieser Konflikt darf nicht darüber gelöst werden, dass die Bundesregierung Sie nicht informiert; Sie sollen vielmehr Dinge, die aufklärungsbedürftig sind, aufklären und Vorschläge machen, wie man das bewältigen kann. Das sind parlamentarische Rechte, die einem Untersuchungsausschuss, der ja auch als Organ vorgesehen ist, zustehen. Die Reichweite - ob sie im Augenblick hier betroffen ist oder nicht, kann ich nicht beurteilen - kann gegebenenfalls gerichtlich überprüft werden.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank, Herr Professor Hoffmann-Riem. - Herr Professor Papier.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Ich sehe das auch so. Es geht hier um die Frage der Rechte eines Untersuchungsausschusses gegenüber der parlamentarisch verantwortlichen Bundesregierung. Da gibt es gesetzliche Regelungen: umfassender Untersuchungsauftrag mit weitgehenden Rechten, die Sie haben. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist wiederholt mit diesen Fragen befasst worden. Die Rechtsprechung hat in gewissen Fällen ein Aktenvorlageverweigerungsrecht, ein Auskunftsverweigerungsrecht der Exekutive anerkannt, aber eben nur in eng begrenzten Fällen.

Es würde jetzt, glaube ich, zu weit führen, aus dem Stand ein Kolleg über die Rechte des Untersuchungsausschusses abzuhalten; das würde die Zeit sprengen. Ich erinnere nur daran, dass es zu allen wichtigen, großen Untersuchungsausschüssen - dazu würde ich auch diesen zählen - Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes gibt. Es hat leider, wenn ich das richtig beurteile, zu diesen großen Untersuchungsverfahren, den politisch bedeutsamen Untersuchungsverfahren immer auch Rechtsstreitigkeiten mit der jeweils amtierenden Bundesregierung gegeben. Ich möchte hier keine Namen bedeutsamer Untersuchungsausschüsse nennen, aber aus dem einen Verfahren sind ganz berühmte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts hervorgegangen; Sie wissen, was ich meine.

Kurzum: Wenn es Auslegungsschwierigkeiten gibt, wenn Sie sich nicht hinreichend, nicht vollständig, nicht rechtzeitig durch die Bundesregierung informiert fühlen, dann steht Ihnen in dieser Frage - ich sage es etwas salopp - der Rechtsweg offen.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Ganz herzlichen Dank für den Hilfefinweis für Untersuchungsausschüsse aus dem Mund des ehemaligen Verfassungsrichters.

Wenn es keine weiteren Fragen und Wortmeldungen aus den Reihen der Fraktionen gibt, dann sind wir am Ende der Sachverständigenanhörung.

Nach seiner Fertigstellung Ihnen wird vom Sekretariat das Stenografische Protokoll übersandt. Sie haben dann zwei Wochen Zeit, Korrekturen und Überarbeitungen an dem Text vorzunehmen. Richtigstellungen und Ergänzungen

## **ANLAGE 3**



18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

mich in allgemeiner Hinsicht ohnehin sehr weitgehend meinen Vorrednern anschließen, sodass es redundant wäre, wenn ich jetzt dasselbe noch mal sagen würde.

Ich möchte mich mit einem Unterthema des Gesamtthemas heute etwas spezifischer und detaillierter befassen, nämlich mit den Befugnissen deutscher Nachrichtendienste, Telekommunikationsdaten zu erheben, zu speichern und ins Ausland zu übermitteln. Das ist ein Thema, das vom Untersuchungsauftrag des Untersuchungsausschusses ~~vor allem~~ erfasst wird, einmal deswegen, weil hier ja auch die Kooperation deutscher Dienste mit ausländischen Stellen mit untersucht werden soll. Für die kommt es natürlich darauf an, in welchem Umfang deutsche Dienste selber berechtigt sind, Telekommunikationsdaten zu erheben, zu bevorraten und zu übermitteln. Außerdem will der Untersuchungsausschuss ja auch Reformbedarfe aufzeigen, um die Vertraulichkeit der Kommunikation in Zukunft weiterhin effektiv zu schützen. Auch dafür kommt es natürlich maßgeblich auf das deutsche Recht an, an dem der Bundestag am ehesten etwas ändern kann. Und schließlich - erlauben Sie mir diese persönliche Bemerkung - hängt die Glaubwürdigkeit von Forderungen an das Ausland, sein Sicherheitsrecht zu reformieren und umzustellen, aus meiner Sicht ganz wesentlich auch vom Zustand des eigenen nationalen Sicherheitsrechts ab.

Mit dieser Vorrede steige ich in das Thema ein. Man muss hier differenzieren zwischen drei unterschiedlichen Formen von Telekommunikationsdatenerhebungen, die das geltende Recht in seiner Auslegung durch die Praxis kennt und die unterschiedlich gewichtige Probleme aufwerfen. Ich gehe vor von „harmlos“ über „mittel“ bis hin zu „nicht mehr ganz so harmlos“.

Ich fange also mit Harmlosesten an, der sogenannten Erhebung von Telekommunikationsdaten im Einzelfall, zu der alle Nachrichtendienste nach dem G-10-Gesetz und ihrem jeweiligen Fachrecht befugt sind. Die Unterscheidung beruht darauf, dass es einen Unterschied macht, ob Inhalte überwacht werden oder ob Verkehrsdaten der Telekommunikation erhoben werden.

Die einzelfallbasierte Erhebung dient dazu, über bestimmte Personen, von denen verfassungsfeindliche Umtriebe erwartet werden, etwas herauszufinden, sodass es hier erst mal nicht

darum geht, dass Telekommunikationsdaten anlasslos, großflächig, die ganze Gesellschaft abdeckend erhoben werden könnten. Gleichwohl muss man sagen, dass selbst diese vergleichsweise unproblematischen Regelungen schon recht weit gefasst sind. Das gilt insbesondere für die Vorschriften des G-10-Gesetzes. § 3 G-10-Gesetz, der hier die einschlägige Ermächtigung enthält, ermöglicht es, Telekommunikationsinhalte zu überwachen, wenn der Verdacht besteht, dass eine Straftat aus einem Straftatenkatalog geplant wird, begangen wird oder begangen worden ist.

Problematisch hieran ist vor allem das Planungsstadium, weil hier die Hinweise auf ein mögliches strafrechtliches Verhalten in der Zukunft recht vage sein können, sodass auch in recht diffusen Bedrohungslagen schon eine Überwachung möglich ist. Das wiegt deshalb umso schwerer, weil der Straftatenkatalog des § 3 G-10-Gesetz auch Straftatbestände aufzählt, die ihrerseits bereits Planungshandlungen unter Strafe stellen. Das heißt: Eine Überwachung kann an die Planung einer Planung anknüpfen.

Um das an einem Beispiel zu illustrieren: Der § 3 G-10-Gesetz verweist unter anderem auf die Strafvorschrift in § 89 a Strafgesetzbuch, die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat. § 89 a Strafgesetzbuch stellt eine ganze Reihe von Vorbereitungshandlungen zu einem terroristischen Anschlag unter Strafe - auch welche, die äußerlich recht unklar sind: ~~so was wie etwa das, s.d.~~ jemand ~~beschafft sich~~ Inhaltsstoffe, die man für eine Bombe gebrauchen kann, vielleicht auch für andere Zwecke, beispielsweise Heizöl. Die Beschaffung von Heizöl kann also eine Straftat darstellen, wenn das in der festen Absicht geschieht, dieses Heizöl später für eine Bombe zu nutzen. § 3 G-10-Gesetz ermöglicht jetzt eine Telekommunikationsüberwachung bereits, wenn der Verdacht besteht, dass jemand plant, sich Heizöl zu beschaffen, um daraus eine Bombe herzustellen. - Ich glaube, es ist ersichtlich, dass das eine recht komplex zu beurteilende Sachlage sein kann. Gleichwohl ist das, wie gesagt, auf Einzelfälle beschränkt. Hier droht keine Totalüberwachung der Gesellschaft. Aber es ist eine weit gefasste Norm, deren Verfassungsmäßigkeit auch bisher nicht judiziert ist.

Ich komme zum mittleren Niveau, der berühmten strategischen Überwachung durch den



Bundesnachrichtendienst nach § 5 des G-10-Gesetzes. Bei der strategischen Überwachung geht es darum, dass der Bundesnachrichtendienst bestimmte Übertragungswege der internationalen Kommunikation mithilfe von Suchbegriffen anlasslos rastert, um dann die Treffer, die diese Suchbegriffe erzeugt haben, nachzubearbeiten und auf diese Weise Hinweise auf außenpolitisch relevante Gefahrenbereiche zu erhalten, wobei diese Gefahrenbereiche ~~so was~~ <sup>Heute NB</sup> umfassen ~~die~~ drohende Kriegsgefahr, aber auch terroristische Anschläge und gewisse Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität wie Proliferation, Betäubungsmittelstrafrecht, Schleusungsdelikte.

Die Vorgängerregelung zu § 5 des G-10-Gesetzes ist vom Bundesverfassungsgericht im Jahr 1999 im Wesentlichen abgesegnet worden. Man muss allerdings vorsichtig damit sein, die damalige Entscheidung ohne Weiteres auf das heutige G-10-Gesetz zu projizieren, und zwar erstens, weil sich die Rechtslage seitdem geändert hat, und zweitens, weil sich die tatsächlichen Umstände geändert haben. Das Bundesverfassungsgericht hat zur Rechtfertigung dieser anlasslosen strategischen Rasterfahndung auf ~~die Relevanz~~ <sup>LI</sup> ~~oder~~ das Gewicht der Gefahrenbereiche und auf die Aufgabe des Bundesnachrichtendienstes, eben gerade eine Vorfeldaufklärung vor akuten Krisenlagen zu betreiben, verwiesen.

Das Bundesverfassungsgericht hat aber auch darauf verwiesen, dass die Befugnis zur anlasslosen Rasterfahndung in ihrem Ausmaß beschränkt war. Eine wesentliche Beschränkung der damaligen Ermächtigung bestand darin, dass nur die nicht leitungsgebundene Kommunikation abgehört werden durfte, also im Wesentlichen die Telekommunikation über Satellit. Das ist seit 2001 anders. Heute darf jede Form von internationaler Telekommunikation überwacht werden, sodass erst mal der Gegenstandsbereich erheblich breiter ist als seinerzeit. Das G-10-Gesetz versucht dem mit verschiedenen begrenzenden Regelungen zu begegnen, wobei man sich aber bei allen fragen kann, wie effektiv sie tatsächlich sind, ob sie wirklich Begrenzungen enthalten.

Um dafür nur zwei Beispiele zu nennen: Das G-10-Gesetz sagt, dass die Telekommunikationsüberwachung sich maximal auf 20 Prozent der Übertragungskapazität des jeweiligen Übertragungswegs beziehen darf. Sie haben also ein Kabel, das Kabel hat eine bestimmte Übertragungs-

kapazität, und Sie dürfen maximal 20 Prozent dieser Kapazität abgreifen - nicht etwa des tatsächlichen Datenverkehrs. Hier liegt das Problem. Gerade bei der Internetkommunikation werden solche Kabel nämlich so ausgelegt, dass die Übertragungskapazität möglichst nicht erreicht werden soll, weil nämlich sonst Überlastungen und Datenverluste drohen würden. Ich habe mal versucht, ein bisschen rauszukriegen, ob denn diese 20 Prozent in der Praxis erreicht werden. Das scheint unterschiedlich zu sein. Aber zum Beispiel beim größten deutschen und auch weltweiten Internetknoten, dem DE-CIX in Frankfurt, liegt die regelmäßige durchschnittliche Auslastung unter 20 Prozent, sodass man davon ausgehen kann, dass der Bundesnachrichtendienst den DE-CIX komplett überwachen dürfte.

Eine andere Beschränkung, die auch durch die technische Entwicklung teilweise überholt ist, ist die Beschränkung des G-10-Gesetzes auf bestimmte Suchbegriffe. Der Bundesnachrichtendienst darf nach dem G-10-Gesetz keine Suchbegriffe verwenden, die auf bestimmte Telekommunikationsanschlüsse hindeuten. Der Gedanke dahinter ist, dass die strategische Überwachung eben dazu dienen soll, allgemein Erkenntnisse über sicherheitspolitisch relevante Gefahrenlagen zu erlangen. Die strategische Beschränkung soll aber nicht dazu dienen, ~~jetzt~~ <sup>47</sup> sozusagen über die Hintertür konkret personenbezogene Überwachung zu betreiben.

Das Problem ist, dass Telekommunikation heute vielfach gar nicht mehr über Telekommunikationsanschlüsse adressiert wird. Die Vorstellung, die dahintersteht, ist: Sie rufen einen an; der hat eine Rufnummer; die Rufnummer ist einem bestimmten Anschluss zugewiesen. Das funktioniert beim Mobilfunk vielleicht auch noch. Aber bei vielen Kommunikationsdiensten des Internet funktioniert das nicht mehr. Eine E-Mail-Adresse gehört nicht zu einem Telekommunikationsanschluss, sondern Sie können Ihre E-Mails von jedem Telekommunikationsanschluss auf der ganzen Welt abrufen, sodass diese Vorschrift, wenn man sie streng auslegt, hinsichtlich großer Teile der Netzkommunikation leerläuft. Man findet noch weitere Punkte. Insgesamt würde ich sagen, dass die Begrenzungswirkung der rechtlichen Vorkehrungen hinsichtlich der strategischen Überwachung heute fragwürdig ist und dass ich persönlich Zweifel habe, ob die





18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

Vorschrift in ihrer heutigen Form immer noch den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt.

Ich hatte Ihnen versprochen, dass das Schlimmste zuletzt kommt. Das Schlimmste ist die sogenannte Auslandsaufklärung durch den Bundesnachrichtendienst. Verschiedenen Stellungnahmen der Bundesregierung auch aus jüngster Zeit lässt sich entnehmen, dass nach Auffassung der Bundesregierung und damit wohl auch nach Auffassung des Bundesnachrichtendienstes <sup>(Hda)</sup> G-10-Gesetz nur gilt für Telekommunikationsverkehre, bei denen zumindest ein Beteiligter sich in der Bundesrepublik befindet. Also insbesondere die strategische Überwachung soll alleine eine Kommunikation zwischen Deutschland und dem Ausland erfassen. Wie man <sup>Ther</sup> rausfindet, ob gerade zwischen Deutschland und dem Ausland kommuniziert wird - im Internet -, lassen wir mal außen vor. Ich glaube nicht, dass das geht. Aber das lassen wir, wie gesagt, mal außen vor.

Jedenfalls bedeutet das nach Auffassung der Bundesregierung, dass die reine Auslandskommunikation - ein Afghane kommuniziert in Afghanistan mit einem Afghanen; beide nutzen afghanische Telekommunikationsanschlüsse - nicht dem G-10-Gesetz unterfallen soll. Das soll auch nicht unzulässig sein, sondern das soll zulässig sein alleine auf Grundlage der Aufgabenzuweisung des BND-Gesetzes, <sup>(Hda)</sup> das sagt: Der Bundesnachrichtendienst hat die Aufgabe, Erkenntnisse über das Ausland zu gewinnen, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik sind. Und das ist alles. Das ist die einzige rechtliche Schranke. „Außen- und sicherheitspolitische Bedeutung“ ist natürlich ein weites Feld. Das bedeutet, dass das Recht dieser Auslandsaufklärung eigentlich keinerlei Grenzen setzt. In welchem Ausmaß der Bundesnachrichtendienst Telekommunikationsdaten im Ausland erhebt, bevorrätet und auch weiterübermittelt, ist wesentlich nicht vom Recht abgeleitet, sondern hängt ab von ethischen Erwägungen der Mitarbeiter des Bundesnachrichtendienstes und im Übrigen von den personellen und technischen Ressourcen.

Dieser Rechtsauffassung der Bundesregierung liegt implizit die Auffassung zugrunde - nur so lässt sie sich erklären -, dass das grundrechtliche Fernmeldegeheimnis des Artikels 10 Grundgesetz

diese Auslandskommunikation nicht schützt; denn wenn diese Auslandskommunikation durch das Fernmeldegeheimnis geschützt wird, dann gibt es Anforderungen an Grundrechtseingriffe. Man braucht eine formellgesetzliche Ermächtigung, die den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt, die bestimmt genug ist, die das Zitiergebot des Artikels 19 Grundgesetz wahrt. Dass diese Aufgabenzuweisung das alles nicht leistet, liegt auf der Hand.

Zu der Frage, ob Artikel 10 greift oder nicht, haben meine Vorredner das Nötige gesagt: Er greift - richtigerweise. Es gibt keinen überzeugenden Grund für die Annahme, dass eine Telekommunikationsüberwachung im Ausland nicht unter Artikel 10 fallen soll - was dazu führt, dass diese Auslandsüberwachung durch den Bundesnachrichtendienst nach gegenwärtigem Recht unzulässig ist und die entgegenstehende behördliche Praxis rechtswidrig ist.

Man muss <sup>(Hda)</sup> vielleicht auch sagen - erlauben Sie mir zum Abschluss noch eine persönliche Anmerkung; ich hatte ja zu Beginn meine persönliche Anmerkung zum Thema Glaubwürdigkeit geäußert -: Wenn der Bundesnachrichtendienst aus rechtlicher Sicht eigentlich alles darf, was man den ausländischen Nachrichtendiensten vorwirft, und der einzige Grund, warum er das möglicherweise nicht tut, tatsächliche Beschränkungen oder das Gewissen der Mitarbeiter sind, dann ist das in einem Rechtsstaat kein besonders erfreulicher Zustand. Der verstorbene Informatiker Andreas Pfitzmann hat gesagt: Nachrichtendienste kontrolliert man über ihre Budgetierung. - Als Verfassungsrechtler will ich das nicht wahrhaben. - Vielen Dank. <sup>44</sup>

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank, Herr Professor Bäcker, auch für Ihr einführendes Statements. Ich darf mich bei allen Sachverständigen an dieser Stelle für die einführenden Statements bedanken.

Wir kommen jetzt zu den Fragen. Ich würde als Vorsitzender gerne mit einzelnen Fragen an Sie beginnen. Danach und nach den Antworten kommen wir dann zu den Fragerunden der einzelnen Fraktionen und der einzelnen Mitglieder des Untersuchungsausschusses.

Ich würde gerne zu Anfang alle drei Sachverständigen bitten, den Themenkomplex des Schutzbereiches noch einmal näher zu beleuch-



18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

Ich stelle diese Frage mit Blick auf die bilateralen Übereinkommen.

Das waren in einem ersten Aufschlag die Fragen, die ich an Sie gerne stellen würde. Ich möchte Sie jetzt bitten, sie zu beantworten. Weil ich unterschiedliche Fragen an Sie alle drei gestellt habe, würde ich jetzt einmal der Reihe nach rückwärts gehen. Das hat sich in sonstigen Anhörungen so etabliert und führt dann auch ein bisschen zu Abwechslung, auch bei Ihnen, weil Sie, ein bisschen wie in einem Staatsexamen, nicht immer damit rechnen können, dass Sie jetzt dran sind. - Herr Professor Bäcker, ich darf Ihnen das Wort geben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:**

Ich nehme im Staatsexamen ja auch gerne völlig willkürlich dran. Aber es sind meistens mehr als drei Kandidaten. - Sie haben erst mal einen Fragenkomplex zu dem Schutzbereich des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität von informationstechnischen Systemen oder, kurz, dem sogenannten IT-Grundrecht gehabt und die Frage gestellt, wenn ich Sie richtig verstanden habe, ob Manipulationen, die zunächst mal im Netz erfolgen, auch ins IT-Grundrecht eingreifen können. Ich glaube, dass man diese Frage differenziert beantworten muss. Der entscheidende Punkt, vermute ich, dürfte hier die Frage sein: Wie weit reicht das eigene oder, wie Herr Hoffmann-Riem es immer nennt, das eigengenutzte informationstechnische System? Das IT-Grundrecht etabliert eben schon einen Unterschied zwischen dem eigenen informationstechnischen System, das für mich geschützt ist, und den Vernetzungen in seine Umwelt. Grundsätzlich ist im Urteil des Bundesverfassungsgerichts, denke ich, angelegt, dass auch diese Vernetzungen mit vom Schutzbereich des IT-Grundrechts erfasst werden können. Also: Das eigene informationstechnische System muss ~~jetzt~~ nicht eine physikalische Einheit darstellen; aber es muss irgendeine Zuordnung geben. Ich kann sicherlich nicht mit dem IT-Grundrecht kommen und sagen: Das gesamte Internet ist mein, und jede Manipulation am Internet betrifft sozusagen mein informationstechnisches System.

Von daher glaube ich, dass man die Frage so allgemein nicht beantworten kann. Wenn Sie einen Dienst im Cloud-Computing mieten und Software im Fernzugriff nutzen - also Textver-

arbeitungssoftware, die von Microsoft in der Cloud bereitgestellt wird, oder so was -, dann würde ich schon sagen, dass das auch Ihr eigenes informationstechnisches System ist, weil Sie aufgrund der Zuordnung dieses Dienstes das eben wirklich als eigenes nutzen. Auf die sachrechtliche Eigentumszuordnung kommt es da sicherlich nicht an, sondern eben auf eine spezifisch verfassungsrechtliche Wertung. Wenn jetzt jemand anfängt, Ihre Dokumente in der Cloud zu manipulieren, dann glaube ich schon, dass Sie das mit dem IT-Grundrecht abwehren können. Mit der Vorstellung, dass der Netzknoten, über den Ihre Kommunikation läuft, generell unter das IT-Grundrecht fallen soll, hätte ich Probleme. Ich glaube, so weit reicht es nicht.

Bei den beiden anderen Fragen, also erst mal bei der Frage zu dem Verhältnis von Souveränität und Auslandsaufklärung durch ausländische Nachrichtendienste und auch bei der Frage zu der Möglichkeit von ausländischen Diensten, völkerrechtliche Abkommen oder auch Einzelfallgenehmigungen als Rechtsgrundlage für Überwachungsmaßnahmen heranzuziehen, glaube ich, dass man ~~hier doch~~ zwischen der völkerrechtlichen Ebene und der Ebene des deutschen Rechts unterscheiden muss. Ob es ein völkerrechtliches Delikt ist, wenn ausländische Stellen Daten über Kommunikationsbeziehungen von Bürgern der Bundesrepublik erheben, ist ja nicht so einfach zu sagen. Herr Hoffmann-Riem hat ja schon darauf hingewiesen, dass Spionage aus völkerrechtlicher Sicht einen etwas merkwürdigen Status hat: weder richtig erlaubt noch richtig verboten. Andererseits: Wenn man das nachliest, dann findet man doch auch immer wieder diesen Zusatz, dass das eben vor allem dann gilt, wenn die Spionage nicht auf das Territorium zugreift, sodass es dann wirklich auch von den konkreten Modalitäten des Zugriffs abhängt. Wenn die NSA Kabel in den USA nutzt, um die Telekommunikation innerhalb von Deutschland abzugreifen, die über diese Kabel gelenkt wird, dann ist das völkerrechtlich möglicherweise ~~was~~ ~~anderes~~, als wenn die NSA ~~jetzt~~ zum DE-CIX fährt und heimlich daran herummanipuliert.

Aus Sicht des deutschen Rechts würde ich sagen - da bin ich ~~erst mal~~ ganz bei Herrn Papier -: In dem Moment, wo die deutsche staatliche Gewalt eine Überwachungsmaßnahme durch eine



18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

nehmen, für das gesamte öffentliche Leben. Das steht auch im Raum.

Ich denke, dass, wenn das Vertrauen in die Integrität und damit Funktionsfähigkeit, auch die soziale Funktionsfähigkeit, etwa das Internet, erschüttert ist, dann kann das erhebliche Auswirkungen für die Möglichkeit etwa wirtschaftlichen Verhaltens, aber natürlich auch individuellen Verhaltens haben. Es hat also sehr viel Bedeutung für die Gesellschaft, und deswegen geht es darum, dass man jetzt einerseits den schweren Nachteil für die Bundesrepublik, der daraus entsteht, dass die Vereinigten Staaten verstimmt sind, und andererseits das andere, dass möglicherweise die Freiheitsausübung doch durch Einschüchterungseffekte und Ähnliches gefährdet ist, abwägt.

Diese Abwägung ist eine Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden. Aber es kann sein - aber ich kann jetzt natürlich nicht definieren, wann genau -, dass es sich um eine Ermessensreduzierung auf null handelt, dass auch mal unter Inkaufnahme von gewissen diplomatischen Verwicklungen hier deutlich gemacht werden muss, dass der Grundrechtsschutz der Bürger ein so hohes Gut ist, und zwar der Bürger insgesamt, dass hier der Staat auch Flagge zeigt und sich nicht nur im stillen Kämmerlein mit irgendwelchen kleinen Beschwerden zufriedengibt.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Dann darf ich Ihnen, Herr Professor Bäcker, das Wort für die an Sie gerichteten Fragen geben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Vielen Dank. - Ich glaube, ich kann mich auch im Wesentlichen kurzfassen.

Ich glaube, es ist klar geworden, dass die Ableitung konkreter Handlungspflichten aus grundrechtlichen Schutzpflichten ein Problem darstellt. Wenn Sie fragen, was Sie als Gesetzgeber tun können: Herr Papier hat ja hingewiesen auf die Möglichkeit, den internationalen Anwendungsbereich des Strafgesetzbuches hinsichtlich mancher Delikte zu erweitern. Ich persönlich tue mich schwer damit, ~~grundsätzlich~~ Pönalisierungsgebote aus Grundrechten herzuleiten. Aber das ist sicherlich eine Erwägung. Auch die von Herrn Hoffmann-Riem angesprochene Ermessensreduktion könnte man ja als eine Konkreti-

sierung einer grundrechtlichen Schutzpflicht unter diesem Vorzeichen begreifen.

Die Regierung ist natürlich auch an Schutzpflichten gebunden. Aber die Vorstellung, dass Sie jetzt die Bundesregierung verpflichtet bekommen, ganz konkret auf bestimmte Vertragsinhalte zu dringen ~~oder so etwas~~, wird nicht funktionieren. Das wäre eigentlich ja auch kontraproduktiv. Die Prärogative der Regierung für die auswärtigen Beziehungen hat ja ihren Grund und sollte daher jetzt nicht vorschnell unterlaufen werden.

Was die Frage der Gefahrenabwehrmaßnahmen angeht: Prinzipiell würde ich erst mal sagen, ein Angriff seitens einer ausländischen Sicherheitsbehörde auf Netze, auf Kommunikationsnetze oder auch auf vernetzte informationstechnische Systeme, ist ja auf der technischen Ebene nichts grundsätzlich anderes als ein Angriff seitens privater Schädiger. Das geschieht mit einer anderen Zielsetzung und möglicherweise auch in anderem Maßstab, also in größerem Maßstab, als das ein normaler Krimineller hinbekommt; aber prinzipiell würde ich denken: Wenn ausländische Sicherheitsbehörden ~~jetzt~~ Trojaner verbreiten, um damit informationstechnische Systeme abzulauschen, oder wenn sie Telekommunikationskabel knicken, um dadurch Daten zu erheben, dann wäre der nächstliegende Mechanismus erst mal, dass ~~eben~~ das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, das solche Fälle bearbeitet, tätig wird und guckt, was man dagegen machen kann, ob es Warnungen aussprechen kann, ob es irgendwie in der Lage ist, ansonsten da zu helfen.

Ein interessanter Punkt in diesem Zusammenhang wäre noch - da sind wir noch mal bei den Schutzpflichten -: Wenn ~~jetzt~~ der Bundesnachrichtendienst zum Beispiel irgendwie erfahren sollte, dass es zu so etwas gekommen ist - das ist ja vorstellbar dank der exzellenten auswärtigen Beziehungen, über die solche Behörden mitunter verfügen -, dann besteht ja die Möglichkeit für den Bundesnachrichtendienst, diese Erkenntnis an andere staatliche Stellen zu übermitteln - § 9 Bundesnachrichtendienstgesetz -, soweit der Empfänger die Daten für Zwecke der öffentlichen Sicherheit benötigt. Das ist eine Vorschrift, die ich in anderem Kontext immer als verfassungswidrig geißele, die aber natürlich hier tatsächlich helfen würde; denn zur öffentlichen Sicherheit



18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

gehört zweifellos auch, dass <sup>eben</sup> Gefahr für die Integrität informationstechnischer Systeme oder für die Vertraulichkeit der Fernkommunikation abgewehrt wird. Hier könnte man auch wieder daran denken, das grundsätzlich gegebene Ermessen des Bundesnachrichtendienstes ~~fatsäch-~~ <sup>nicht</sup> auf null zu reduzieren, jedenfalls, wenn es sich um eine schwerwiegende Gefährdung handelt.

Im Übrigen muss man sagen, dass die Entgegennahme von Informationen ausländischer Stellen durch Nachrichtendienste ja ein Punkt ist, der gesetzgeberisch völlig unterbelichtet ist. In den Gesetzen - Bundesverfassungsschutzgesetz, Bundesnachrichtendienstgesetz - finden Sie darüber keine Vorschrift, weil man klassischerweise davon ausgeht, dass die bloße Entgegennahme der Information eigentlich kein Problem darstellt. Sie können dann noch versuchen, das sozusagen als Datenerhebung darzustellen und dann auf diese Weise daran zu kommen, was beim BND aber gewisse Schwierigkeiten auslöst. - Zu den grundrechtlichen Aspekten bin ich nicht gefragt worden.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank für Ihre Ausführungen. - Ich komme nun zu den Fragen der Fraktion der SPD. Herr Kollege Flisek.

**Christian Flisek (SPD):** Meine Herren Sachverständigen, ich darf Ihnen zunächst einmal auch im Namen meiner Fraktion für Ihre sehr pointierten Stellungnahmen danken. Ich selber erlaube mir auch den Kommentar, Herr Professor Dr. Hoffmann-Riem, dass hier bei uns, glaube ich, alles andere als Langeweile herrscht. Im Gegenteil: Für mich persönlich möchte ich mal betonen, dass die Gelegenheit, mit Ihnen diese sehr essentiellen und wichtigen Fragen hier in diesem Untersuchungsausschuss zu erörtern, zu den Sternstunden meiner bisherigen parlamentarischen Tätigkeit gehört. Ich sage allerdings auch dazu: Es ist meine erste Wahlperiode im Parlament.

(Heiterkeit)

Gleichwohl: Ich danke auch Ihnen, Herr Professor Dr. Papier, dafür, dass Sie das, was hier in unserem Untersuchungsauftrag Gegenstand ist,

durchaus noch mal deutlich auch in Bezug zu dem anderen Thema Vorratsdatenspeicherung und auch zu den aktuellen Urteilen des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs gesetzt haben und dass Sie das auch als verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik Deutschland noch mal gekennzeichnet haben.

Ich bitte jetzt auch noch mal um Nachsicht, wenn sich bei den Fragen sicherlich die eine oder andere Wiederholung ergibt. Ich glaube aber, insgesamt ist das manchmal auch gar nicht so schädlich, weil es einfach auch darum geht, manche Thesen und Aspekte noch mal deutlich herauszudestillieren.

Sie hatten alle drei eine Tour d'Horizon durch die einschlägigen Grundrechte gegeben, und Sie haben eben diese beiden Dimensionen betont: einerseits die abwehrrechtliche Dimension und andererseits die Schutzpflichten.

Bei den Schutzpflichten - ich fasse das jetzt mal zusammen - ist man sehr verhalten. Man sagt zwar, das gibt es und da gibt es vielleicht auch so etwas wie ein Untermaßverbot, also so etwas wie einen Minimalschutz, ansonsten aber konkrete Handlungspflichten daraus herzuleiten: Da ist man dann auch als Bundesverfassungsgericht eher vorsichtig. Auf der anderen Seite sagen Sie auch, es gibt diese Gewährleistung einer grundrechtswahrenden Telekommunikationsinfrastruktur, die notwendig ist.

Ich bitte Sie jetzt einfach auch noch mal, weil wir heute eine öffentliche Anhörung haben, zu versuchen, diese Dimension aus Sicht der betroffenen Bürger so herauszuarbeiten: Was bedeutet das am Ende aller Tage eigentlich konkret für einen Staatsbürger, der jetzt sagt: „Ich sehe mich in meinen elementaren Grundrechten durch das, was ich hier aus den Zeitungen lese, verletzt, wenn ich höre, dass es andererseits Schutzpflichten des Staates gibt. Wie konkretisiert sich das für mich?“?

Wir haben gehört, es gibt Ermessensreduzierungen - eventuell auf null. Dann gab es noch mal die Unterscheidung zwischen dem Ob und dem Wie: beim Ob wohl eher eine Ermessensreduzierung auf null, beim Wie dann große Handlungsspielräume und die Frage, wie man das dann umsetzt. Konkret gefragt: Gibt es aus Ihrer Sicht angesichts dessen, was wir wissen, einen Punkt, wo Sie sich vorstellen können, dass



18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

Bundesebene anzusiedeln ist und nicht im Sinne von Sicherheitsrecht eher auf der Landesebene.

Zum Schluss würde ich Sie ganz gerne fragen: Gibt es aus Ihrer Sicht derzeit im Grundgesetz angesichts dessen, was wir an Gefährdungen wahrnehmen, Schutzlücken, wo Sie sagen würden, es wäre vielleicht besser, wenn es hier zu Verfassungsänderungen kommen würde, die vielleicht auch ein Stück weit das Grundgesetz konkretisieren? Oder sagen Sie: „Das ist eigentlich ganz gut mit dem bestehenden Textkorpus bei uns, beim Bundesverfassungsgericht oder auch beim Europäischen Gerichtshof, wenn es die Europäische Grundrechtscharta betrifft, aufgehoben.“? - Herzlichen Dank.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank, Herr Kollege Flisek. - Weitere Wortmeldungen sehe ich aus den Reihen der SPD derzeit nicht. Dann darf ich Ihnen, verehrte Sachverständige, das Wort geben. Ich würde jetzt in der gegenläufigen Reihenfolge bei Herrn Professor Bäcker anfangen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Herzlichen Dank. - Ich würde mich jetzt gerne auf zwei Punkte konzentrieren, nämlich erst einmal auf die Auslandstätigkeit des Bundesnachrichtendienstes, die mit meiner Stellungnahme und meinem Eingangsstatement relativ eng verknüpft ist, und dann auf die Grundgesetzänderung. Das kann man ganz schnell machen. Ich glaube nicht, dass die nötig ist. Ich sehe keinen Grund. Ich glaube, dass man prinzipiell, jedenfalls im Grundrechtsteil, gut mit dem arbeiten kann, was wir haben. Eine Grundgesetzänderung würde im Zweifelsfall die Verhältnisse weiter verkomplizieren, die ohnehin kompliziert genug sind mit diesen Abgrenzungsproblemen zwischen Fernmeldegeheimnis und den unterschiedlichen Ausprägungen des Persönlichkeitsrechts.

Wie ist das mit der Möglichkeit, überhaupt eine normative Grundlage für die Auslandstätigkeit des Bundesnachrichtendienstes zu schaffen? Da muss man, glaube ich, prinzipiell mit Blick auf die Aufklärungstätigkeit des Bundesnachrichtendienstes eine Unterscheidung treffen, die auch im BND-Gesetz angelegt ist, nämlich die Unterscheidung zwischen der Aufklärung im Ausland und der Aufklärung über das Ausland, die aber

im Inland erfolgt. Das Gesetz macht diese Unterscheidung dadurch, dass es sagt, dass die ganzen datenschutzrechtlichen Vorschriften des BND-Gesetzes nur dann gelten, wenn Informationen im Geltungsbereich des Gesetzes, also in der Bundesrepublik, erhoben werden. Der gesamte Themenkreis Auslandsaufklärung - das betrifft nicht nur die Telekommunikationsüberwachung, sondern das betrifft auch so etwas wie Observationen oder Trojanereinsätze oder was Sie sich noch alles vorstellen können - ist im BND-Gesetz nur ganz rudimentär überhaupt geregelt und soll sich eben im Übrigen aufgrund dieser Aufgabenbestimmung vollziehen. Insofern haben Sie diese Unterscheidung im Moment schon im Gesetz drin.

Ich gebe Ihnen aber völlig recht, dass die für bestimmte Überwachungsmethoden nicht mehr wirklich zielführend ist, und die Telekommunikationsüberwachung ist das krasseste Beispiel. Sie nennen selber das Beispiel des E-Mail-Versands. Die E-Mail, die Sie an Ihre Frau schicken - beide sind Sie in Deutschland -, wird, weil Sie beide ausländische E-Mail-Anbieter nutzen, natürlich auf der Strecke erst einmal ins Ausland geschickt. Ist das internationale Kommunikation? Vom ~~ganzen~~ Sinn her muss man eigentlich sagen: Nein. - Es muss eigentlich auf die Endpunkte der Kommunikation ankommen. Es ist Aufklärung im Inland, möglicherweise über das Ausland, wenn die Endpunkte der Kommunikation sich in Deutschland befinden. Es ist Aufklärung internationaler Art, wenn zumindest ein Kommunikationsendpunkt sich im Ausland befindet, wobei es dann eben noch diese Unterscheidung gibt zwischen G-10-Aufklärung - einer in Deutschland, einer im Ausland - und reiner Auslandsaufklärung - beide im Ausland. Das ist die derzeitige Rechtslage, zumindest auch so, wie die Bundesregierung sie begreift.

Das Problem ist natürlich im Fall Ihrer E-Mail: Kein Mensch kann eigentlich wissen, ob es sich jetzt um rein deutsche Kommunikation handelt oder nicht; denn man kann - selbst wenn man weiß, von wo Sie die E-Mail abgeschickt haben, was auch schon nicht trivial ist - auf der Übertragungsstrecke nicht erkennen, von wo Ihre Frau die E-Mail einmal abrufen wird. Vielleicht tut sie das zufällig auf ihrer Auslandsreise nach Indonesien. Das ist natürlich ein Problem. Wenn Sie das auf der Übertragungsstrecke nicht wirklich

*Teil Überwachung*

*Hg 7 der G 10*

*Hg*

*Hg*



abgrenzen können, stellt sich die Frage, wie Sie überhaupt diese doch ziemlich grundlegende Unterscheidung, die das geltende Recht macht, <sup>ky</sup> eigentlich nachvollziehen wollen. Wie das in der Praxis gehandhabt wird, entzieht sich leider meiner Kenntnis, weil alle Antworten auf Fragen, die in Kleinen Anfragen verschiedener Oppositionsparteien dahin gingen, immer nur in der Geheimschutzstelle des Bundestags hinterlegt worden sind. Wenn Sie in der letzten Legislaturperiode schon dabei gewesen wären, hätten Sie einmal nachschauen können.

Ich kann nur sagen: Ich weiß es nicht, und ich habe mit Technikern gesprochen, die mir gesagt haben, auch sie wüssten es nicht. Das waren Techniker, denen ich vertraue. Deswegen würde ich jetzt einmal sagen: Ich glaube nicht, dass es geht.

<sup>ky</sup> Das bringt uns natürlich in der Tat ~~dann~~ zu der Schlussfolgerung, dass wir uns fragen müssen, ob wir vielleicht mit anderen gesetzlichen Differenzierungen arbeiten müssen, und das würde ich dringend befürworten. Insbesondere diese Unterscheidung zwischen in- und ausländischen Kommunikationsteilnehmern, was den Schutzbedarf und die Schutzwürdigkeit angeht, ist nicht tragfähig. Artikel 10 ist eben kein Deutschengrundrecht, sondern gilt für inländische und ausländische Telekommunikationsteilnehmer gleichermaßen. Aus meiner Warte wäre es deswegen Ihre Aufgabe, ein Gesetz zu entwerfen, das den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahrt unter der Annahme, dass inländische wie ausländische Kommunikation im Prinzip gleichermaßen erfasst werden kann. Ob Sie dann die strategische Fernmeldeüberwachung in ihrer bisherigen Gestalt wirklich beibehalten können, müsste man sich ~~dann einmal~~ <sup>ky</sup> gründlich überlegen.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Herr Professor Hoffmann-Riem.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Herr Flisek hatte zunächst nach dem Bürger und danach gefragt, was er machen kann. In der Zeit, als ich am Bundesverfassungsgericht im gleichen Senat wie Herr Papier war, ist mir aufgefallen, dass das Verfassungsgericht mehrfach, und zwar in zunehmender Bedeutung, die

objektiv-rechtliche Bedeutung von Grundrechtsnormen herausgestellt hat. Das ist einfach eine Tendenz, die erkennbar macht, dass Rechtsschutz, auch Grundrechtsschutz, eben nicht ausschließlich über Individualrechtsschutz, und zwar Gerichtsschutz der Bürger, verwirklicht wird, sondern dass es eine Fülle von Maßnahmen gibt, die notwendig sind, um Grundrechten Verwirklichungschancen zu geben.

Deswegen glaube ich nicht, dass wir die Problematik, die heute diskutiert wird, in einer vorrangigen Perspektive an den Bürger weitertragen dürfen, so nach dem Motto: Tu mal was, und wende dich an die Gerichte! - Das scheitert schon an der fehlenden Kenntnis; das wurde eben angesprochen. Aber es ist ein Problem, das sich zwar individuell auswirkt, aber dessen Dimension weit überindividuell ist. Deswegen ist es so wichtig, dass man die großen Kontexte und die Verantwortung des Parlaments sieht.

Sie haben dann noch einmal die Frage der Ermessensreduzierung beim Wie angesprochen, natürlich auch beim Ob. Tut man etwas, und wie tut man etwas? Ich möchte da fast etwas polemisch formulieren: Eine politische Ermessensreduzierung hätte es vermutlich gegeben, wenn die Abhöraktion gegen die Bundeskanzlerin von Russland oder China ausgegangen wäre. Gleiches könnte auch gelten, wenn nicht die NSA, sondern eben eine der Institutionen dieser beiden Länder oder anderer Länder das gemacht hätten. Es ist also auch eine Frage der politischen Rücksichtnahme, die hier im Raum ist. Das kann das Recht nicht alles in den Blick bekommen, sondern es wird eben erkennbar, dass Recht in einem politischen Kontext genutzt wird und wir nicht alles in der Form von Gerichtsformigkeit abarbeiten können. Deswegen ist es so gut, dass wir jetzt hier beim Gesetzgeber sitzen.

Ich wollte noch eine kleine, auch fast etwas polemische Bemerkung zu der Frage machen: Was heißt eigentlich in § 1 des BND-Gesetzes „im Geltungsbereich dieses Gesetzes“? Das wurde eben so definiert: Es muss in Deutschland sein, irgendwie jedenfalls die Verarbeitung usw. Aber da der BND sich nach Absatz 1 auf die Aufgabenstellung bei der strategischen Auslandsüberwachung auf dieses BND-Gesetz bezieht, geht er offenbar davon aus, dass der Geltungsbereich dieses Gesetzes auch im Ausland ist. Wir haben hier irgendwie eine merkwürdige, schillernde



in dem keine wirklich greifbaren Informationen waren.

Ich denke, es wäre schön, wenn man - und sei es auch nur für die Vergangenheit; es muss ja nicht ein aktueller Prozess in eine Gefährdung gebracht werden - etwas mehr darüber erfahren würde, welche Eignung diese Maßnahmen zur Erreichung der betreffenden Ziele haben. Dann fällt es sehr viel leichter, auch darüber etwas zu sagen, ob es Rechtspflichten gibt, das durchzuführen.

Insofern fällt es mir sehr schwer, etwas über die konkreten Dinge zu sagen. Zum Beispiel bei der 500-Millionen-Frage wird mir immer gesagt, das war eine Ente des *Spiegel*, das stimmt nicht. Ich weiß es nicht. Vielleicht gelingt es Ihnen, das besser aufzuklären. Wenn Sie aufgeklärt haben und den Wunsch haben, dass wir uns dann der Sache noch mal annehmen, werden wir uns dem nicht prinzipiell verweigern. Aber zunächst müssten eigentlich Fakten heran, bevor eine solche nähere Untersuchung stattfindet.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Herr Professor Bäcker.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:**

Ich glaube <sup>Handwritten: H.M.</sup> tatsächlich, dass Herr Hoffmann-Riem da auf einen wichtigen Punkt hingewiesen hat, nämlich auf den, dass mit diesem Themenkomplex Ringtausch usw. tatsächlich wahrscheinlich relativ intrikate Probleme verbunden sind, dass sich da die Rechtslage auch sehr unterschiedlich darstellen kann, je nachdem, was genau passiert. Es macht möglicherweise einen Unterschied, ob tatsächlich ein Abkommen besteht dergestalt, dass sozusagen Gegenseitigkeit vereinbart wird: Wir erheben in den USA, die Amerikaner erheben bei uns alles das, was jeweils in der Heimatrechtsordnung unzulässig ist, und das wird dann rübergereicht. - Das wäre sozusagen der eine krasse Fall.

Der andere, denkbar harmloseste Fall wäre, dass eben gelegentlich nachrichtendienstliche Erkenntnisse übermittelt werden, weil einzelne Gefährdungssachverhalte aufgetreten sind, was ja dann tatsächlich <sup>Handwritten: M.J.</sup> so dem Leitbild klassischer nachrichtendienstlicher Informationsaustausches entsprechen würde.

Von daher glaube ich, dass man mit sehr vielen Hypothesen arbeiten müsste und dann auch

eine sehr, sehr lange Stellungnahme abgeben müsste, um diese Frage abschließend zu beantworten. Ich glaube, in dem Zusammenhang kann man eines allerdings schon sagen: Diese ganze Ringtauschgeschichte und auch die 500 Millionen Daten und all das beruhen ja, jedenfalls nach dem, was ich gelesen habe, wenn überhaupt auf <sup>Handwritten: H.M.</sup> dieser Auslandsaufklärung. Die ist sozusagen, wenn ich das richtig verstehe, der Hebel. Das lässt sich auch nachvollziehen insoweit, als man einiges erfahren kann über Datenübermittlungen von Daten, die nach dem G-10-Gesetz gewonnen worden sind. Wenn da Datenübermittlungen stattfinden, dann wird das Parlamentarische Kontrollgremium informiert, und das schreibt ja einen jährlichen Bericht. Da ist es nun so: Daten aus Beschränkungen in Einzelfällen dürfen nach zutreffender Rechtsauffassung gar nicht ins Ausland übermittelt werden. Zu meinem großen Erstaunen habe ich gelesen, dass das anscheinend die Bundesregierung anders sieht. Das scheint mir aber einfach nicht richtig zu sein.

Daten aus strategischen Beschränkungen dürfen ins Ausland übermittelt werden, aber nur unter sehr hohen Anforderungen. Wenn man sich da die Berichte des Parlamentarischen Kontrollgremiums anschaut, dann ist das nur sehr, sehr selten bisher geschehen, ich glaube, überhaupt das erste Mal drei Jahre nach Inkrafttreten dieser Regelung im Jahr 2012, und da ist es auch nur zu drei Übermittlungen gekommen.

Das heißt, das kann es nicht sein. Wenn wir hier von irgendetwas Interessantem reden, dann muss sich das eigentlich im Bereich Auslandsaufklärung abspielen. Da ist es ja einfach. Da die ganze Auslandsaufklärung in der Form, wie sie im Moment erfolgt, schlicht rechtswidrig ist, kriegen Sie das Problem einfach dadurch erledigt, dass das mal klargestellt wird. Wenn der BND das macht und wenn die Bundesregierung das deckt, dann können Sie das als Gesetzgeber ja zwanglos klarstellen, dass es rechtswidrig ist.

Das führt mich zu Ihrer Frage, Sie wollten ja gerne diese Zuspitzung hören: Sind Ausländer vor dem Bundesnachrichtendienst besser geschützt als Deutsche vor der NSA? Wenn der BND sich an die Verfassung hält, ja. Wenn man der Rechtsauffassung der Bundesregierung folgt, nein.



gen, auch vom Staat die Sicherheit gewährleistet zu bekommen - in einen Abwägungsprozess, zum Beispiel mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung oder Gewährleistung integrier Informationssysteme, gestellt werden muss? - Das wären meine ergänzenden Fragen erst mal in dieser Runde, weil sie sich eben auch aus Ihren Statements ergeben haben. Ich probiere es jetzt etwas konkreter, packbar zu machen.

Ich glaube, jetzt wäre, wenn ich das richtig sehe, Herr Professor Bäcker als erster Sachverständiger an der Reihe. Ich darf Ihnen das Wort geben.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:**  
Tatsächlich bin ich Ihnen ganz dankbar für Ihre Fragen, weil es mir jetzt auch unlieb wäre, wenn da irgendwelche Missverständnisse aufkämen. Mein Punkt ist nicht, dass die Auslandsaufklärung durch den Bundesnachrichtendienst generell unzulässig wäre, also materiell <sup>n</sup>verfassungsrechtlich. Mein Punkt ist auch nicht, dass nachrichtendienstliche Mittel jetzt generell nicht mehr eingesetzt werden sollen, dass wir die Nachrichtendienste abschaffen sollen oder sonst <sup>H14</sup>irgendwas. Wenn überhaupt, ist das eine Frage, die rechtspolitisch zu entscheiden ist, aber keine Frage, die <sup>H13</sup>jetzt verfassungsrechtlich in der Weise vorgegeben wäre, dass wir alles dichtmachen müssen. Das ist überhaupt nicht der Punkt.

Aber die Auslandsaufklärung in einem rechtsfreien Raum zu belassen, wie das offensichtlich derzeitigen Gepflogenheiten entspricht, ist sicherlich keine Antwort auf Ihre Frage, sondern wenn Sie eine rechtsstaatliche Auslandsaufklärung wollen, dann in Gottes Namen regeln Sie die, und überlegen Sie sich dann, was für Grenzen Sie der zu setzen haben.

Meinetwegen überlegen Sie sich auch, ob bei der Auslandsaufklärung in bestimmten Punkten aufgrund von Besonderheiten der ausländischen Verhältnisse Maßnahmen ermöglicht werden, die es im Inland so nicht gibt. Das halte ich nicht für generell ausgeschlossen. Aber es bedarf eben hier einer Entscheidung des Gesetzgebers, der dann auch dafür einzustehen hat, was er da ermöglicht hat, und der ja auch eine öffentliche Diskussion darüber ermöglichen muss, was wir denn den Nachrichtendiensten im Ausland einräumen möchten und was nicht.

Das, glaube ich, Herr Sensburg, beantwortet auch einen Teil Ihrer Frage, nämlich insoweit, als dass <sup>H13</sup>eben jetzt natürlich da eine Güterabwägung angestellt werden muss und selbstverständlich auch Maßnahmen der Auslandsaufklärung nach Maßgabe einer solchen Güterabwägung in verfassungskonformer Weise geregelt werden können - allerdings nicht die völlig anlasslose, möglichst großflächige Bevorratung von Daten in der Hoffnung, dass es irgendwas bringen wird, und eben auch nicht eine Beschränkung der nachrichtendienstlichen Tätigkeit im Wesentlichen über das Budget und nicht über das Recht.

Was die Frage angeht, ob wir das G-10-Gesetz völlig neu bewerten müssen: Ich glaube in der Tat, dass eine solche Neubewertung angezeigt ist, erstens aufgrund der veränderten Rechtslage. Das G-10-Gesetz, das das Bundesverfassungsgericht zu beurteilen hatte, ist eben nicht identisch mit dem heutigen Regelungswerk, sondern es ist seitdem, glaube ich, 17-mal geändert worden. Es hat da durchaus nennenswerte Ausweitungen erfahren. Im Übrigen haben sich eben die technischen Rahmenbedingungen geändert, und da kann sich auch das Verfassungsrecht nicht völlig blind stellen.

Was jetzt die letzte Frage von Herrn Sensburg, nach der Verwertbarkeit ausländischer Erkenntnisse, angeht: Ich glaube, dass wir da tatsächlich ein Stück weit Neuland - ein sehr modisches Wort im politischen Raum - betreten, als dass die Grenzen einer solchen Verwertbarkeit bisher nur sehr unvollkommen ausgelotet worden sind. Die Frage: „Inwieweit ist es denkbar und kann es verfassungsgemäß sein, dass ein deutscher Nachrichtendienst Daten entgegennimmt, die unter Bedingungen erhoben worden sind, unter denen dieser Nachrichtendienst nach seinem eigenen Fachrecht solche Daten nicht gewinnen dürfte und auch von Verfassungen wegen nicht gewinnen dürfte?“, ist bisher weitgehend ungeklärt.

Ich vermute, dass viel dafür spricht, hier Unterscheidungen einzuziehen. Es macht einen Unterschied, ob der deutsche Nachrichtendienst selber diese Übermittlung veranlasst hat oder ob es sich gar um eine Übermittlung im Rahmen eines fortlaufenden Informationsringtauschs handelt. Das ist eine andere Situation, als wenn es sich um die von Ihnen jetzt genannte Fallkonstellation <sup>H13</sup>sozusagen der Spontanübermittlung durch einen gelegentlich kooperierenden ausländ-





18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

WM  
HM  
HM

dischen Nachrichtendienst handelt. Auch hier wird man weiter differenzieren müssen: Worin genau besteht ~~jetzt~~ das Problem aus Sicht des deutschen Rechts bei der Datenerhebung durch die ausländische Stelle? - Ich kann mir zum Beispiel ohne Weiteres vorstellen, dass eine ausländische Rechtsordnung den Gesetzesvorbehalt nicht mit der vollen Strenge durchzieht, wie wir das in Deutschland tun, wo wir ja ~~eigentlich~~ für jede Eingriffsmaßnahme eine formell-gesetzliche Grundlage verlangen. Wenn jetzt eine ausländische Rechtsordnung diese Forderungen so nicht kennt, dafür aber sehr starke exekutive Schutzmechanismen vorsieht, die eben doch gewährleisten, dass eine Vorfestlegung erfolgt, die gleichzeitig auch zu Begrenzungen von Datenerhebungen führt, dann ist eine solche Datenübermittlung sicherlich grundrechtlich sehr viel weniger problematisch als wenn es ~~jetzt~~ um Daten geht, die zum Beispiel durch Folter erlangt worden sind.

Ich glaube also, dass man da mit solchen Unterscheidungen arbeiten muss und dass man auch das in Gesetzesform zu gießen versuchen muss; denn wir haben nun mal den Gesetzesvorbehalt, sicherlich auch für die Weiterverarbeitung von solchen übermittelten Daten. Da liegt auch viel Arbeit vor Ihnen; denn im Moment haben wir dazu eigentlich nichts.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Herr Professor Hoffmann-Riem bitte.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Ich bemühe mich, zu einigen Fragen jedenfalls etwas zu sagen. Zu der Problematik Afghanistan habe ich in meiner schriftlichen Ausarbeitung etwas gesagt, was mehr differenziert als bisher diskutiert worden ist. Ich hoffe, dass meine damalige Rechtseinschätzung in der schriftlichen Ausarbeitung richtig ist. Deswegen darf ich sie noch mal vorlesen, weil das möglicherweise klarmacht, dass es nicht so ganz grob nur beurteilt werden kann.

Nach meinen Recherchen entspricht es dem Zusatzabkommen zum NATO-Vertrag, dass Daten erhoben werden - unter bestimmten Voraussetzungen auch bei gemeinsamen Truppeneinsätzen etwa wie in Afghanistan - mit dem Ziel, ein Bild über die Lage in bestimmten Gegenden der mili-

tärischen Einsatzgebiete zu erstellen. Solche Ermächtigungen aber sind begrenzt. So erlauben sie nicht die pauschale Übermittlung von (Roh-)Daten, auch nicht von Daten, bei denen der Bezug auf die tatbestandlichen Voraussetzungen der Datenübermittlung noch gar nicht festgestellt worden ist oder bei denen der Zweck ihrer Auswertung die Weitergabe nicht rechtfertigt. Die Rechtsbindungen der Weitergabe entfallen für den BND, der ohnehin nur Auslandsaufklärung betreiben darf, auch nicht etwa dann, wenn keine Daten deutscher Staatsbürger betroffen sind. Und so weiter. - Das ist unser Thema.

Ich denke, dass es hier - ich hoffe, ich habe die Rechtslage richtig gedeutet - durchaus eine differenzierende Schutzkonzeption gibt, die Sie nicht in Bezug genommen haben, sondern Sie haben es als prinzipielles Problem behandelt.

Zu der Problematik des G-10-Gesetzes teile ich die Auffassung von Herrn Bäcker, dass ein Bedarf der Überarbeitung besteht. Das ist in der Tat zunächst eine Aufgabe des Gesetzgebers. Wenn die Mehrheit des Bundestages dazu nicht bereit ist, dann hat ein Viertel der Mitglieder des Bundestages die Möglichkeit, eine abstrakte Normenkontrolle an das Bundesverfassungsgericht zu bringen; dann könnte man natürlich eine solche Überprüfung durchführen lassen. Besser ist es, wenn es aus der politischen Ebene heraus eine Anpassung gibt.

Der Fall mit der Bombe und der Berliner S-Bahn - oder wo auch immer sie eventuell explodieren könnte - ist deshalb so schwer zu beurteilen, weil man eigentlich Details wissen müsste. Man kann das nicht so ganz generell sagen; aber es gibt natürlich in der Rechtsordnung auch die Problematik, dass bei der Erlangung von Daten unter Umständen, die nicht der Rechtsordnung entsprechen, trotzdem differenzierend geklärt wird, ob es ein Verwertungsverbot gibt oder nicht. Ich denke, dass man diesen Gedanken des Verwertungsverbots auch jetzt unter Abwägung von Gefahren für Leib und Leben - - und wenn die Gefahrkonstellation so eindeutig ist, dass eine solche Gefahr besteht, dass man sie so auch lösen kann. Allerdings darf das dann nicht so verstanden werden, dass jedwede Übermittlung, die aus einem anderen Staat kommt, sofort in die eigene Verarbeitung hineingeht.

Meine letzte Anmerkung reagiert auf die Frage des Vorsitzenden über das Verhältnis von Frei-



18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

Eine ganz andere Frage ist, wie weit wir in der rechtlichen und insbesondere der verfassungsrechtlichen Diskussion um diese Vorgänge bisher gekommen sind. In dem Punkt würde ich in der Tat an meiner Äußerung festhalten. Dazu gibt es aus meiner Sicht keine besonders konsolidierte Doktrin, Rechtsprechung sowieso nicht. Wir haben die von Herrn Hoffmann-Riem ja zutreffend in Bezug genommene strafrechtliche Rechtsprechung zu den Beweisverwertungsverböten, die sich primär um die Verwertung von Beweisen dreht, die Ermittlungsbehörden rechtswidrig gewonnen haben. Wir haben noch ein bisschen was dazu, was passiert, wenn private Dritte unter Rechtsverstoß Informationen beschaffen, die dann für die Strafverfolgung genutzt werden sollen. Aber dass es dabei konkret um nachrichtendienstliche Erkenntnisse ginge? Die werden ja normalerweise nicht mehr in die strafrechtliche Hauptverhandlung eingeführt, sodass sich die Frage nach dem Beweisverwertungsverbot in diesem Punkt normalerweise gar nicht mehr stellt.

Das Nachrichtendienstrecht ist <sup>na</sup> sowieso eine Rechtsmaterie, die bisher sehr wenig geklärt ist. Wir haben ein paar Entscheidungen überwiegend zu Rechtssatzverfassungsbeschwerden, aber aus naheliegenden Gründen relativ wenige Gerichtsentscheidungen, die an konkrete Einzelmaßnahmen angeknüpft haben, weil die Betroffenen davon in der Regel zumindest über lange Zeit nichts erfahren und dann keinen Anlass mehr sehen, zu klagen. Es gibt auch, sagen wir mal, eine gewisse Unterbelichtung in der juristischen Literatur, sodass ich schon sagen würde: Ja, da betreten wir in der Tat Neuland; da müssen wir eine grundsätzliche Diskussion führen. Daran würde ich festhalten.

Konkret zu Ihrem Fall des S-Bahn-Anschlags und zu der Frage, ob die Daten verwertbar sind oder nicht: Ich kann mit der Differenzierung von Herrn Papier gut leben. Dem würde ich mich anschließen.

Die Frage, ob ich eine Pflicht des Gesetzgebers sehe, tätig zu sein, habe ich so verstanden, dass sich das wirklich nur auf den Empfang von Daten bezieht. Oder bezieht sich die Frage insgesamt auf den ganzen Themenkomplex G 10 und BND-Gesetz? Das habe ich nicht ganz verstanden.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Sie bezieht sich natürlich auf die Nutzung von Daten, von denen wir in der Regel nicht wissen, wie sie gewonnen worden sind, zumindest nicht immer. Ich hatte den theoretischen Fall gebildet: Selbst wenn wir wissen, dass sie nicht nach deutschen rechtlichen Grundlagen gewonnen worden sind, können wir sie dann in gleichem Umfang nutzen? Ich hatte neben dem S-Bahn-Fall das Beispiel der Sauerland-Gruppe aus Oberschledorn genannt, wo Telefonverkehr, Daten-/Internetverkehr, insbesondere der E-Mail-Verkehr zwischen Deutschland und Pakistan abgegriffen worden sind. Ob das auf deutschen Gesetzen beruht, wird sich schwer nachvollziehen lassen. Auf jeden Fall waren es wohl die NSA und die CIA; die NSA hat es uns mitgeteilt. Dazu ist meine konkrete Frage: Hätten wir das nicht annehmen dürfen? Hätten wir der NSA sagen müssen: „Okay, es scheint sich wohl um E-Mail-Verkehr zwischen Deutschland und Pakistan zu handeln. Wir hätten diese Möglichkeit vielleicht nicht. Bitte teilt uns diese Erkenntnis nicht mit, dass es eine Gruppe in Deutschland gibt, wo sie ist und was sie macht“? Oder sind Sie auch der Meinung, dass wir diese Daten zu Recht genutzt haben?

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Wenn Sie die Frage stellen, ob Sie als Gesetzgeber in der Pflicht sind, tätig zu werden, dann muss man sagen: Eine verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers, tätig zu werden und diesen ganzen Datenumgang zu regeln, kann man natürlich so erst einmal nicht herleiten. Das würde, wenn überhaupt, dann nur aus grundrechtlichen Schutzpflichten gehen.

Eine andere Frage ist, ob die geltende Rechtslage und die behördliche Praxis der Nachrichtendienste, so wie sie sich im Moment darstellen, verfassungsrechtlich zulänglich sind. Da würde ich in der Tat sagen: Das sind sie wohl nicht. Das hat nichts mit der Frage zu tun, ob es letztlich regelbar ist und ob sich verfassungsrechtlich tragfähige Rechtsgrundlagen schaffen ließen. Diese Frage würde ich bejahen. Ich habe mit Ihrem Sauerland-Fall natürlich kein Problem. Das wäre auch erstaunlich; es würde Sie auch erstaunen, wenn ich jetzt sagen würde -- Das ändert aber nichts daran, dass hier ein Regelungsbedarf besteht, wie insgesamt der Themen-



18. Wahlperiode

1. Untersuchungsausschuss

standen, dass Sie die G-10-Kommission meinen. Die G-10-Kommission ist ja keine Pflicht des Gesetzgebers. Sie ist ja nur für den Fall in Artikel 10 Grundgesetz vorgesehen worden, dass man die Mitteilung an die Betroffenen und damit den Rechtsschutz vereitelt. Das ist keine Lösung, die für alles gewählt werden muss. Wichtig ist nur, dass auch für Auslandsüberwachung gesetzliche Grundlagen geschaffen werden. Die können durchaus abweichen von dem, was bisher für die Inlandsüberwachung vorgesehen ist.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Herr Professor Bäcker.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Dem würde ich mich vollkommen anschließen. Die G-10-Kommission bzw. die Regelung der Auslandsüberwachung ist etwas, worüber man sich Gedanken machen muss. Das muss nicht genauso sein wie die Inlandsüberwachung; mit Sicherheit nicht. Aber das muss es geben.

*in eine geschickliche Regelung*  
Die Frage zu den Freunden verstehe ich so, ob es tragfähig ist, diese Differenzierung zu treffen. Das glaube ich schon, im Rahmen der strategischen Überwachung ohnehin; denn da wird nach bestimmten Gefahrenbereichen vorgegangen. Vielleicht drohen bestimmte Gefahren nicht aus allen Ländern. Ich vermute, Kriegsgefahr droht aus Frankreich nicht. Damit gäbe es auch keinen Anlass, die Fernkommunikation mit Frankreich zu überwachen. Das scheint mir eigentlich der tiefere Sinn des Ganzen zu sein.

Wie ist es mit der strategischen Aufklärung? Darauf wollten Sie noch einmal hinaus. Sind die Sicherungen, die Sie angesprochen haben, hinreichend, um die strategische Aufklärung zu tragen, wenn man davon ausgeht, dass gewisse Entgrenzungen stattgefunden haben, rechtlich und auch faktisch? Daran habe ich Zweifel. Es stimmt natürlich, es werden bestimmte Gebiete benannt; aber es sind halt ganze Gebiete, ganze Weltregionen, die in der Bestimmung genannt werden können. Das schafft noch keine besonders tiefgehende Eingrenzung.

Zum faktischen Umstand, dass der BND tatsächlich nur ganz wenig abhört: Das kann so sein, aber das ist eben wieder die Limitierung über Ethos und Budgetierung und nicht über das Recht, die ich für unzureichend halten würde.

(Abg. Hans-Christian Ströbele (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) meldet sich zu Wort)

- Wie bitte?

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Sie können nicht nachfragen, Herr Kollege Ströbele. Die Redezeit von acht Minuten für Ihre Fraktion hatten Sie deutlich überzogen. Jetzt müssen wir zur Beantwortung kommen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Dann ohne Nachfrage. - Die Suchbegriffe müssen von der G-10-Kommission genehmigt werden. Aber die G-10-Kommission führt, wenn ich das richtig sehe, insofern eine Rechtskontrolle durch, wie sie ja insgesamt eigentlich eher als richterähnlicher Kontrollapparat installiert ist, sodass ich nicht sehe, dass daraus eine besondere Legitimation herrühren würde. Das ist ein Kontrollmechanismus, der dazu dient, dass der BND legal handelt, aber kein Mechanismus, der eine Einbindung, eine demokratische Legitimation oder so etwas gewährleisten würde. Davon abgesehen: Die G-10-Kommission als Gremium des Bundestags zu bezeichnen, ist sicher irgendwie richtig. Aber die G-10-Kommission hat mit dem Bundestag in seiner gesetzgebenden Funktion ja nichts zu tun, es müssen noch nicht einmal Bundestagsabgeordnete in der Kommission sitzen; sie tun es vielfach auch gar nicht.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Ganz herzlichen Dank auch für die disziplinierte, aber inhaltstiefe Beantwortung der Fragen. Ich weiß, dass es nicht leicht ist, wenn man als Sachverständiger informieren will und dann unter einem gewissen Druck steht. Aber unter einem solchen Druck stehen wir auch aufgrund der Debatte, die jetzt im Plenum ansteht, und der namentlichen Abstimmung.

(Zuruf des Abg. Christian Flisek (SPD))

- Richtig, die Runde ist noch nicht beendet; das wollte ich gerade sagen.

Ich möchte daher, wie es auch vereinbart war, die Sitzung an dieser Stelle, um 15.15 Uhr, un-



terbrechen. Wir würden um circa 16.35 Uhr nach der namentlichen Abstimmung wieder beginnen. Dann setzen wir die zweite Runde der Befragung fort und beginnen mit den Kolleginnen und Kollegen der SPD.

**Sachverständiger Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem:** Ist das wirklich nötig? Es gibt wirklich Zeitprobleme.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Ich muss auch sagen: Ist das wirklich nötig? Ich hätte Zeitprobleme.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Wir haben in der Obleuterunde besprochen, dass wir um 15.15 Uhr unterbrechen.

**Sachverständiger Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:** Das war uns nicht vermittelt worden, dass wir so lange machen. Ich muss auch wieder weiterreisen.

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ich muss das in der Runde der Obleute besprechen. Ich bitte die Obleute, in einem geschlossenen Raum zu klären, wie die Unterbrechung aussehen soll. Die Sitzung ist für fünf Minuten unterbrochen.

(Unterbrechung von  
15.14 bis 15.15 Uhr)

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ich darf die Sitzung bereits wieder fortsetzen. Das zeigt, wie schnell dieser Ausschuss arbeiten kann.

Es scheint nur noch bei einer Fraktion Fragebedarf zu bestehen, nämlich bei der Fraktion der SPD. Die anderen Fraktionen haben signalisiert, dass es keine dritte oder vierte Fragerunde mehr geben wird. Von daher halten wir es für machbar, mit der Fragerunde fortzufahren. Ich setze also die zweite Fragerunde fort und darf dem Kollegen Flisek von der SPD das Wort geben.

**Christian Flisek (SPD):** Herr Vorsitzender, herzlichen Dank für diesen in der Tat sehr pragmatischen Vorschlag und dafür, dass wir das so abwickeln können. - Eine Frage habe ich noch. Ich möchte auf eine Feststellung zurückkommen, die Sie an den Anfang der Ausführungen gestellt haben. Sie haben gesprochen von einem Verbot

einer flächendeckenden, vorsorglich anlasslosen Speicherung aller Kommunikationsdaten; das sei ein Stück weit auch verfassungsrechtliche Identität. Ich wiederhole das deswegen so gerne, weil mir die Formulierung so gut gefallen hat. Jetzt sind wir ein Untersuchungsausschuss des deutschen Parlaments, der sich um die Aufklärung genau jener massenhaften Grundrechtsverletzungen kümmert und es als Auftrag und Aufgabe hat, aufzuklären, inwieweit das Ganze durch ausländische Nachrichtendienste vorgenommen worden ist.

Jetzt stellt sich mir eine Frage in Bezug darauf, welche Pflichten sich auch für die Bundesregierung daraus herleiten lassen, unsere Arbeit im Untersuchungsausschuss zu unterstützen. Sie haben ja über Schutzpflichten geredet, haben gesagt, solche Schutzpflichten seien wenig justiziabel. Wäre das hier ein Anwendungsbereich für solche Schutzpflichten? Wie sehr konkretisiert sich das? Ich darf Sie alle drei um eine allgemeine Bewertung bitten. Ganz konkret die Frage: Gibt es angesichts der Streubreite der Eingriffe und der dahinter stehenden Bedeutung der Grundrechte vielleicht sogar eine Pflicht, die Arbeit des Ausschusses überobligatorisch zu unterstützen?

**Vorsitzender Dr. Patrick Sensburg:** Ganz herzlichen Dank. - Wer fängt an? Herr Professor Bäcker.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Die Schutzpflicht bezieht sich jetzt wieder auf das Vorgehen ausländischer Nachrichtendienste?

**Christian Flisek (SPD):** Ja.

**Sachverständiger Prof. Dr. Matthias Bäcker:** Genau. - Wenn die überobligatorische Unterstützung eine Pflicht ist, dann ist das sozusagen wieder eine Unterstützung im Rahmen der Pflicht. Damit ist sie nicht mehr überobligatorisch, wenn ich sozusagen mit dem Beckmesser zustoßen darf. Ich denke, eine grundrechtliche Schutzpflicht ist hier möglicherweise eröffnet, also wenn es sich tatsächlich um eine solche anlasslose Bevorratung durch ausländische Nachrichtendienste handelt.

Wenn Sie fragen, was konkret zu tun ist, kann ich nur dieselbe Antwort geben wie bisher, näm-

### Ergänzung

In der Anhörung habe ich die letzte Frage des Abgeordneten Flisek missverstanden. Ich schließe mich nunmehr im Ansatz den Ausführungen der Sachverständigen Hoffmann-Riem und Papier an. Ergänzend möchte ich Folgendes anmerken: Inwieweit die Bundesregierung verfassungsrechtlich zur Unterstützung des Untersuchungsausschusses verpflichtet ist, kann aus meiner Sicht durchaus auch vom Untersuchungsthema abhängen. Wenn – wie in diesem Ausschuss – hoheitliches Handeln bearbeitet wird, das sich einerseits grundsätzlich aufgrund von Geheimhaltungsvorschriften durch besonders weitreichende Intransparenz auszeichnet und zugleich andererseits besonders intensiv in Grundrechte eingreift, spricht meines Erachtens viel für eine besonders weitreichende Unterstützungspflicht.