

Berliner Online-Beiträge zum Völker- und Verfassungsrecht

Beitrag Nr. 1/08

online seit 25.1.08

Heike Krieger:

Die Reichweite der Grundrechtsbindung bei nachrichten- dienstlichem Handeln

herausgegeben von

Univ.-Prof. Dr. Heike Krieger

Der Beitrag beruht auf einem Vortrag gehalten auf der Fachkonferenz der Konrad-Adenauer Stiftung "Parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat" am 10. Oktober 2007 in Berlin. Der Beitrag erscheint in: *Norbert Röttgen/Heinrich Wolff*, *Parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat*, Berlin 2008.

Zitiervorschlag:

Krieger, Die Reichweite der Grundrechtsbindung bei nachrichtendienstlichem Handeln : Krieger, Berliner Online-Beiträge zum Völker- und Verfassungsrecht Nr. 1/2008,10f.

Dieser Aufsatz unterliegt dem Schutz des Urheberrechts und anderer Schutzgesetze. Er darf nicht zu kommerziellen Zwecken kopiert, verbreitet, verändert oder Dritten zugänglich gemacht werden.

A. Einleitung

Alle Staatsgewalt ist grundrechtsgebunden. Die umfassende Grundrechtsbindung stellt das Grundgesetz unmissverständlich in Art. 1 Abs. 3 GG klar. Doch sagt diese prinzipielle Feststellung noch nichts über die genaue Reichweite der Grundrechte im Einzelfall aus, denn Art. 1 Abs. 3 GG bindet die Staatsgewalt nur soweit an die Grundrechte, wie diese gelten. Inwieweit gelten die Grundrechte aber, wenn der Bundesnachrichtendienst auf fremden Hoheitsgebiet tätig wird? Sind Informationen verwertbar, die von fremden Geheimdiensten unter Verstoß gegen die Grundrechte erhoben wurden? Diese Frage sind für Tätigkeit und Reform der Nachrichtendienste erheblich. Ich will Ihnen im Folgenden meine Einschätzung dazu darlegen.

B. Grundrechtsbindung bei Tätigwerden des BND auf fremdem Hoheitsgebiet

Als Ausgangspunkt für die Bestimmung der Reichweite der Grundrechtsbindung beim Tätigwerden des Bundesnachrichtendienstes auf fremdem Hoheitsgebiet bietet sich das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu den Änderungen des G 10 Gesetzes aus dem Jahr 1999 an.¹ Gegenstand des Urteils waren u.a. die Befugnisse des Bundesnachrichtendienstes zur Fernmeldeaufklärung, soweit sie den Fernmeldeverkehr im Ausland erfassten.²

I. Kriterium der Verknüpfung mit inländischen staatlichen Handeln

Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Urteil das Kriterium der Verknüpfung mit inländischen staatlichen Handeln entwickelt, um den Grundrechtsschutz auf ausländische Sachverhalte auszudehnen: „Der räumliche Schutzzumfang des Fernmeldegeheimnisses ist nicht auf das Inland beschränkt. Art. 10 GG kann vielmehr auch dann eingreifen, wenn eine im Ausland stattfindende Telekommunikation durch Erfassung und Auswertung im Inland hinreichend mit inländischem staatlichem Handeln verknüpft ist.“³

Als Ansatzpunkt für die Beantwortung der Frage nach der räumlichen Geltung von Art. 10 GG wählt das Bundesverfassungsgericht Art. 1 Abs. 3 GG, um so gleich festzustellen, dass sich aus Art. 1 Abs. 3 GG noch keine abschließende Festlegung der räumlichen Geltungs-

¹ BVerfGE 100, 313ff.

² Siehe grundsätzlich zu der Problematik C. Gröpl, Das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG vor dem Hintergrund des internationalen Aufklärungsauftrages des Bundesnachrichtendienstes, ZRP 1995, 13-18.

³ BVerfGE 100, 313 (313).

reichweite der Grundrechte entnehmen lässt. Zurecht betont das Bundesverfassungsgericht, dass das Grundgesetz sich nicht darauf beschränkt, die innere Ordnung des deutschen Staates zu regeln, sondern auch sein Verhältnis zur Staatengemeinschaft bestimmt. „Insofern geht es von der Notwendigkeit einer Abgrenzung und Abstimmung mit anderen Staaten und Rechtsordnungen aus. Hieraus entnimmt das Bundesverfassungsgericht die zwei Determinanten des grenzüberschreitenden Grundrechtsschutzes: Zum einen ist der Umfang der Verantwortlichkeit und Verantwortung deutscher Staatsorgane bei der Reichweite grundrechtlicher Bindungen zu berücksichtigen. Zum anderen muss das Verfassungsrecht mit dem Völkerrecht abgestimmt werden.“⁴ Das Völkerrecht allerdings schließt eine Geltung von Grundrechten bei Sachverhalten mit Auslandsbezügen nicht grundsätzlich aus. „Ihre Reichweite ist vielmehr unter Berücksichtigung von Art. 25 GG aus dem Grundgesetz selbst zu ermitteln. Dabei können je nach den einschlägigen Verfassungsnormen Modifikationen und Differenzierungen zulässig oder geboten sein.“⁵

Im konkreten Fall hat das Bundesverfassungsgericht sodann die Schutzrichtung des Fernmeldegeheimnisses in Art. 10 GG dargelegt und seine gleichzeitige Verankerung im Völkerrecht betont.⁶ Weil durch die Erfassung und Aufzeichnung des Telekommunikationsverkehrs mit Empfangsanlagen des Bundesnachrichtendienstes auf deutschen Boden sowie durch die Auswertung der Informationen ein Gebietskontakt hergestellt wird, konnte das BVerfG die Anwendbarkeit von Art. 10 GG bejahen und musste nicht mehr entscheiden, ob Art. 10 GG auch bei Auslandseinsätzen des BND auf Ausländer im Ausland anwendbar ist.⁷

II. Grundrechtsgeltung für Ausländer im Ausland

Unter den Bedingungen der Bekämpfung des internationalen Terrorismus wird aber gerade der Anknüpfungsmoment der hinreichenden Verknüpfung mit inländischem staatlichem Handeln zweifelhaft. Findet Art. 10 GG Anwendung, wenn der Bundesnachrichtendienst den Telefonverkehr zwischen zwei Afghanen in Afghanistan abhört und schon dort die Informationen auswertet?

Im Verfahren zu der G 10–Entscheidung hat das Bundesministerium des Inneren die Auffassung zum Ausdruck gebracht, dass die deutsche Staatsgewalt nicht überall und unterschiedslos an die Grundrechte gebunden sei. „Das Fernmeldegeheimnis schütze zwar nach seinem

⁴ BVerfGE 100, 313 (362f.).

⁵ BVerfGE 100, 313 (363).

⁶ BVerfGE 100, 313 (363).

⁷ BVerfGE 100, 313 (363f.).

personellen Geltungsbereich Deutsche und Ausländer. Damit sei aber noch nicht entschieden, welchen sachlichen Schutzzumfang das Grundrecht habe und ob sein Schutz auch Handlungen und Wirkungen der deutschen Staatsgewalt erreiche, die außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs des Grundgesetzes und der Gebietshoheit Deutschlands stattfänden oder einträten.“⁸ Der Sachverhalt, der als Grundrechtseingriff zu qualifizieren sei, müsse eine die Schutzbedürftigkeit begründende Gebietsbezogenheit aufweisen. „Die Geltung des Grundgesetzes sei räumlich auf das deutsche Staatsgebiet beschränkt. Die Grundrechte bänden ungeachtet dessen die deutsche Staatsgewalt auch insoweit, als diese kraft Völkerrechts oder aufgrund besonderer Zulassung durch den Gebietsstaat im Ausland wirksam werde und der Eingriff auf der Gebietshoheit oder der Personalhoheit Deutschlands beruhe. Auswirkungen der Ausübung deutscher Staatsgewalt im Ausland, die sich weder auf die Gebietshoheit noch auf die Personalhoheit zurückführen ließen, könnten dagegen nicht unter Berufung auf Grundrechte des Grundgesetzes abgewehrt werden.“⁹

1. Grundsätzlich räumliche Geltungserstreckung

Dieser Auffassung kann ich nicht zustimmen. Vielmehr muss zwischen räumlicher Geltungserstreckung und inhaltlichem Schutzzumfang unterschieden werden. Dabei muss man aus meiner Sicht von der grundsätzlichen räumlichen Geltungserstreckung aus folgenden Gründen ausgehen:

a) Gewandelte Voraussetzungen staatlicher Tätigkeit

Die Beschränkung der Grundrechtsgeltung auf einen Inlandsbezug wird den Folgen des sich wandelnden staatlichen Tätigwerdens nicht gerecht. Der Staat übt seine Hoheitsgewalt zunehmend extraterritorial aus. Gründe hierfür liegen in den geänderten Anforderungen der Globalisierung, die etwa zur Bekämpfung von Sicherheitsbedrohungen staatliches Handeln im Ausland erforderlich macht. Hierzu zählen neben der nachrichtendienstlichen Tätigkeit auch die Einsätze der Streitkräfte im Ausland.¹⁰ Schon vor dem Hintergrund dieser tatsächlichen Entwicklungen verliert die Unterscheidung von Innen und Außen als maßgebliches Kriterium sei-

⁸ BVerfGE 100, 313 (338).

⁹ BVerfGE 100, 313 (339).

¹⁰ Siehe zur Frage der Grundrechtsgeltung bei Einsätzen der Streitkräfte im Ausland: *A v. Arnould*, Das (Menschen-)recht im Auslandseinsatz: Rechtsgrundlagen zum Schutz von Grund- und Menschenrechten, in: *D. Weingärtner* (Hg.), *Streitkräfte und Menschenrechte*, Baden-Baden i.E.; *H. Krieger*, Die gerichtliche Kontrolle militärischer Operationen, in: *D. Fleck* (Hrsg.), *Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte* (Forum Innere Führung, Band 24), Baden-Baden 2004, S. 223-250; *D. Lorenz*, Der territoriale Anwendungsbereich der Grund- und Menschenrechte, Berlin 2005; *A. Wagner*, Die Grundrechtsbindung der Bundeswehr bei Auslandseinsätzen, Frankfurt am Main 2006; *M. Yousif*, Die extraterritoriale Geltung der Grundrechte bei der Ausübung deutscher Staatsgewalt im Ausland, Frankfurt am Main 2007.

ne Überzeugungskraft. Es erscheint mit Wortlaut und Zielsetzung des Art. 1 Abs. 3 GG nicht vereinbar, wenn sich die deutsche Staatsgewalt durch ein vermehrtes Tätigwerden im Ausland ihrer grundrechtlichen Bindung entziehen könnte.

b) Ablehnung der Beschränkung auf einzelne Anknüpfungspunkte

Zudem überzeugt es nicht, im Kontext des Grundrechtsschutzes ausschließlich auf die Anknüpfungsmomente der Gebiets- oder Personalhoheit abzustellen. Diese Anknüpfungsmomente sind der völkerrechtlichen Einbindung der Bundesrepublik geschuldet. Die Bundesrepublik darf in anderen Staaten Hoheitsgewalt nur ausüben, wenn sie dazu vom betroffenen Staat oder vom Völkerrecht ermächtigt ist. Auch die Erstreckung der eigenen Rechtsordnung auf Auslandssachverhalte bildet nach völkerrechtlichen Grundsätzen eine Ausnahme, obwohl der Ständige Internationale Gerichtshof im Lotus-Fall festgestellt hat, dass Staaten befugt sind, Sachverhalte mit Auslandsbezug zu regeln.¹¹ Der Staat ist bei dieser Erstreckung aber an Grenzen gebunden, die sich aus dem Völkerrecht ergeben. Zu den völkerrechtlichen Grenzen zählt das Erfordernis einer echten Verknüpfung zwischen dem normierenden Staat und dem Auslandssachverhalt, den Staat regeln will. Solche Verknüpfungen können sich aus dem Personal- und dem Territorialprinzip ergeben.¹² Diese Anknüpfungspunkte liegen z.B. dem internationalen Strafrecht und dem internationalen Privatrecht zugrunde.

Wozu aber dienen diese Anknüpfungsmomente? Ihr Ziel ist es, die staatliche Souveränität zu schützen. Sie verhindern, dass im Handeln der Bundesrepublik eine völkerrechtswidrige Einmischung in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates liegt.¹³ Der Schutz staatlicher Souveränität ist aber das genaue Gegenteil der Zielsetzung des Menschenrechtsschutzes, der staatliche Souveränität zum Schutz des Einzelnen durchbricht. Grundrechte sollen staatliche Gewalt begrenzen und das Individuum schützen. Aus Sicht des Individuums ist es aber unerheblich, ob der betreffende Staat auf Grundlage einer völkerrechtlichen Ermächtigung in Grundrechte eingreift. Damit ist Grundrechtsschutz etwas qualitativ anderes als die Anwendung einfachen nationalen Rechts auf Sachverhalte mit grenzüberschreitendem Bezug.

¹¹ PCIJ Ser. A, No. 10 [1927], 18f. – *The Case of the S.S. "Lotus"*.

¹² K. Ipsen, *Völkerrecht*, 5. Aufl. München 2004, § 23 Rdnr. 93ff. Es lässt sich für die vorliegende Fragestellung schon überlegen, ob nicht der Umstand, dass das Handeln deutscher Hoheitsträger geregelt werden soll, als Anknüpfungspunkt ausreichend ist. Zudem werden die erlangten Informationen im Ergebnis immer einer Verarbeitung im Inland dienen.

¹³ Ipsen (Fn. 12), § 23 Rdnr. 97.

Hinzu kommt: Die Annahme, Auswirkungen der Ausübung deutscher Staatsgewalt im Ausland, die sich weder auf die Gebietshoheit noch auf die Personalhoheit zurückführen ließen, könnten nicht unter Berufung auf Grundrechte des Grundgesetzes abgewehrt werden,¹⁴ ist problematisch, weil sie nahe legt, dass die deutsche Staatsgewalt nur dann im Ausland grundrechtsgebunden ist, wenn sie im Einklang mit dem Völkerrecht ausgeübt wird. Es entspricht aber kaum der Zielsetzung des Art. 1 Abs. 3 GG gerade in den Fällen (völker-) rechtswidrigen hoheitlichen Handelns, die Verantwortlichkeit deutscher Hoheitsgewalt auszuschließen.¹⁵ Verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Verantwortlichkeit sind nach den Grundsätzen des gemäßigten Dualismus, der dem Grundgesetz zugrunde liegt, voneinander zu unterscheiden.¹⁶ Selbst wenn der Staat sich durch die Ausdehnung seiner Rechtsordnung völkerrechtlich verantwortlich machte, ändert dies wohl selbst im Lichte der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes¹⁷ nichts an seiner grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Verpflichtung Grundrechte zu gewähren.¹⁸ In der Görgülü-Entscheidung nutzt das BVerfG den gemäßigten Dualismus, um im Zweifel einen hohen Grundrechtsstandard für deutsche Bürger aufrechtzuerhalten.¹⁹ Es schiene mir unangemessen, diese Wirkungen des Dualismus nicht auch Ausländern zugute kommen zu lassen.

Schließlich wird nicht jede Regelung, die einen Sachverhalt mit Auslandsbezug erfasst, überhaupt gegen das Einmischungsverbot verstoßen. Gerade die abwehrrechtliche Dimension des Grundrechtsschutzes, die das Handeln des Staates beschränken soll, vermeidet oder vermindert zumindest Konflikte mit den Rechten des betroffenen Territorialstaates. Problematisch sind erst solche Regelungen, die zu einer Veränderung der Lebensverhältnisse im betroffenen Staat führen können.²⁰

Auf die Anknüpfungsmomente allein kann es also nicht ankommen. Denn für den Grundrechtsschutz hat das Grundgesetz längst deutlich gemacht, dass die Unterscheidung von Innen und Außen nicht erheblich ist. Das Grundgesetz ist in seinem Geltungsbereich nicht auf das Gebiet der Bundesrepublik beschränkt. Das macht Art. 1 Abs. 3 GG unmissverständlich klar.

¹⁴ BVerfGE 100, 313 (338f.).

¹⁵ Vgl. *J. Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfahrenserwartungen an die Grundrechtsausübungen, HStR V, § 115 Rdnr. 90; *Krieger* (Fn. 10), S. 238.

¹⁶ BVerfGE 111, 307 (318).

¹⁷ Zur Herleitung des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit: BVerfGE 111, 307 (317 f.); 112, 1 (24). Differenzierend zum Begriff der Völkerrechtsfreundlichkeit und der offenen Staatlichkeit: *P. Kunig*, Völkerrecht und staatliches Recht in *W. Graf Vitzthum* (Hg.), Völkerrecht, 4. Auflage, 2007, 2. Abschn II 2.

¹⁸ Sowohl auch *M. Sachs*, Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl., München 2007, vor Art. 1 Rdnr. 19.

¹⁹ BVerfGE 111, 307 (317ff.).

²⁰ v. *Arnauld* (Fn. 10); *Lorenz* (Fn. 10), S. 162.

Die Grundrechtsgeltung ist an die Ausübung von Hoheitsgewalt und nicht an das Staatsgebiet der Bundesrepublik geknüpft. Die Grundrechte binden die deutsche Staatsgewalt vielmehr überall dort, wo diese tätig wird. Damit spricht zunächst eine Vermutung dafür, dass die Grundrechte auf Sachverhalte mit Auslandsbezug anwendbar sind, so dass es für die grundrechtsgebundene deutsche Staatsgewalt grundsätzlich keine grundrechtsfreien Räume, auch nicht im Ausland gegenüber Ausländern gibt.²¹

2. Erstreckung des inhaltlichen Schutzzumfangs

Hier können die Überlegungen aber nicht stehen bleiben. Denn die grundsätzlich räumliche Geltungserstreckung sagt noch nichts darüber, in welchem Umfang sich der inhaltliche Schutz der einzelnen Grundrechte in der konkreten Sachverhaltskonstellation erstreckt. So differenziert auch das Bundesverfassungsgericht, das von der grundsätzlich unbeschränkten Geltung nach Art. 1 Abs. 3 GG ausgeht, dann aber die Anwendbarkeit der einzelnen Grundrechte in jedem einzelnen Sachverhalt durch Auslegung ermittelt.²²

In der Zweitregisterentscheidung²³ hat das Bundesverfassungsgericht dabei deutlich gemacht, dass es bei Sachverhalten mit Auslandsbezug zu einer verminderten Wirkkraft der Grundrechte kommen kann, wenn der grundrechtlich relevante Sachverhalt zwangsläufig die Rechtsordnung anderer Staaten berührt. Das gleiche gilt, wenn die widerstreitenden Interessen in einem Raum ausgetragen werden, der von der deutschen Rechtsordnung nicht mit alleinigem Gültigkeitsanspruch beherrscht wird. Hier ist der Spielraum der Exekutive größer als bei der Regelung von Rechtsbeziehungen mit inländischem Schwerpunkt.²⁴ Dem Begriff der verminderten Wirkkraft wird entgegen gehalten, dass der Ansatz zu pauschal und missverständlich sei, da sich aus dem Auslandsbezug als solchem keine Einschränkungen der Grundrechte ergäben.²⁵ Der Begriff erfüllt jedoch die wichtige Funktion, deutlich zu machen, dass bei Sachverhalten mit Auslandsbezug je nach betroffenem Grundrecht und je nach Konstellation der sachliche Schutzzumfang variieren kann. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wie sie für Inlandssachverhalte entwickelt worden ist, wird sich nicht immer vollständig auf den Auslandssachverhalt übertragen lassen. Vielmehr kann es zu Modifikation auf der Ebene des

²¹ G. Elbling, Zur Anwendbarkeit der Grundrechte bei Sachverhalten mit Auslandsbezug, Berlin 1992, S. 219ff.; R. Hofmann, Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte, Berlin 1993, S. 28ff.; Krieger (Fn. 10), S. 237; Lorenz (Fn. 10), S. 12ff.; Sachs (Fn. 18), Rdnr. 19; K. Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, München 1988, § 72 V 5, S. 1230.

²² Siehe z.B. BVerfGE 31, 58 (77).

²³ BVerfGE 92, 26ff.

²⁴ BVerfGE 92, 26 (41f./ 52f.).

²⁵ Lorenz (Fn. 10), S. 181f.; kritisch auch Sachs (Fn. 18), Rdnr. 19.

Schutzbereiches, der Zurechnung oder der Eingriffsrechtfertigung kommen, die zu erheblichen Abweichungen gegenüber den Standards führen kann, die bei Inlandssachverhalten aufgestellt worden sind. Zugleich kommt damit zum Ausdruck, dass die Frage der Grundrechtsgeltung bei Sachverhalten mit Auslandsbezug letztlich im Sinn des Bundesverfassungsgerichts nur über einen Einzelfallansatz zufriedenstellend gelöst werden kann.²⁶

Die Ermittlung des Schutzzumfanges von Grundrechten im Ausland ist von mehreren Faktoren bestimmt, die je nach Konstellation z.B. zu einer umfassenden oder einer beschränkten Geltung des einschlägigen Grundrechts ebenso wie zu einem Ausschluss der Geltung von Grundrechten führen können. Die Kriterien, die hierbei von Bedeutung sind, vermögen dabei sowohl die objektive als auch die subjektive Grundrechtsbindung zu relativieren. Sie ergeben sich einerseits aus den betroffenen Grundrechten, andererseits aus dem jeweiligen Sachverhalt.

In welchem Umfang ein bestimmter Sachverhalt an den Grundrechten zu messen ist, muss zunächst unter Auslegung von Schutzrichtung und Schutzgehalt des betroffenen Grundrechtes ermittelt werden.²⁷ Es geht entscheidend um den Gewährleistungsgehalt der einschlägigen Grundrechte. Angesichts der systematischen Stellung von Art. 1 Abs. 1 GG und seiner Ausgestaltung durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist auf der Schutzbereichsebene auch der Menschenwürdekern des Grundrechts entscheidend.²⁸ Schließlich ist es auch von Bedeutung, ob das betreffende Grundrecht international verbürgt ist. So hat das Bundesverfassungsgericht im G 10 Urteil die internationalen Gewährleistungen des Fernmeldegeheimnisses betont.²⁹ In solchen Fällen kann die Erstreckung deutscher Grundrechte zugleich völkerrechtliche Verpflichtungen erfüllen. Je weniger ein Grundrecht in der spezifischen nationalen Rechtsordnung verortet ist, je deutlicher also sein menschenrechtlicher Charakter ist, desto eher ist es in grenzüberschreitenden Sachverhalten anwendbar.³⁰ Bei Deutschengrundrechten³¹ oder besonders weitreichende Grundrechtsverbürgungen, die sich typischer Weise nur in der deutschen Verfassung finden, spricht eine Vermutung dafür, dass sie schon auf der Ebene des Schutzbereiches ausgeschlossen werden können. Hier ist z.B. an die weite Verbür-

²⁶ Vgl. Lorenz (Fn. 10), S. 142.

²⁷ Vgl. BVerfG, 1 BvR 1160/03 vom 13.6.2006, Absatz-Nr. (1 - 96), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060613_1bvr116003.html Rn. 59.

²⁸ H.-J. Cremer, Der Schutz vor den Auslandsfolgen aufenthaltsbeendender Maßnahmen, Baden-Baden 1994, S. 328f.

²⁹ BVerfGE 100, 313 (363).

³⁰ Siehe zu dem Gedanken der Rechtsordnungsbezogenheit: Cremer (Fn. 28), S. 448f.

³¹ a.A.: v. Arnould (Fn. 10); Lorenz (Fn. 10), S. 196ff.

gung der allgemeinen Handlungsfreiheit zu denken, die in all ihren Schutzaspekten eine Besonderheit der deutschen Verfassung ist.

Zugleich muss den Besonderheiten der Sachverhaltskonstellation Rechnung getragen werden. In diesem Rahmen ist auch im Hinblick auf die völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes völkerrechtlichen Grundsätzen, wie z.B. dem völkerrechtlichen Nichteinmischungsprinzip, Rechnung zu tragen.³² Dabei spielt es z.B. für die Beurteilung eine Rolle, ob der Einzelne der deutschen Staatsgewalt final unterworfen ist oder von deutschen hoheitlichem Handeln faktisch betroffen ist.³³ So wird man im Rahmen von Streitkräfteeinsätzen die Anwendbarkeit einschlägiger Grundrechte im Einklang mit den völkerrechtlichen Regelungen³⁴ immer dann bejahen, wenn ausländische Staatsbürger Formen regelmäßiger deutscher Hoheitsausübung, d.h. strukturierten Herrschafts- und Rechtsverhältnissen, unterworfen werden, aber verneinen müssen, wenn diese im internationalen bewaffneten Konflikt faktisch betroffen sind. Denn die faktische Betroffenheit ist nur dort relevant, wo ein Herrschaftsverhältnis schon begründet ist.³⁵ Besonderheiten der Konstellation des Auslandsachverhaltes vermögen es dabei zu rechtfertigen, die faktische Betroffenheit des Einzelnen u.U. anders zu bewerten als im innerstaatlichen Kontext.³⁶ Bei Auslandssachverhalten müssen eben auch die faktischen und normativen Möglichkeit der Gewährleistung durch den deutschen Staat berücksichtigt werden. Dabei ist z.B. auch das Ausmaß des Nachteils, der für die Bundesrepublik mit einer Schutzgewährung verbunden ist, und der Aufwand, der für die Schutzgewährung erforderlich ist, mit den Zielen des Grundrechtsschutzes abzuwägen. Vor allem die Vielzahl möglicher Konstellationen mit divergierenden Umständen macht letztlich Einzelfallentscheidungen unabdingbar.

III. Anwendung auf die nachrichtendienstliche Tätigkeit

Was bedeutet dieses Ergebnis für die Tätigkeit der Nachrichtendienste? Die genannten Kriterien machen deutlich, dass die besonders einschlägigen Grundrechte des Fernmeldegeheimnisses und der informationellen Selbstbestimmung beim Handeln im Ausland gegenüber Ausländern grundsätzlich gelten. Zugleich ist der Schutzzumfang der Verbürgungen aber im Vergleich zur Geltung im Inland reduziert.

³² Lorenz (Fn. 10), S. 162.

³³ Isensee (Fn. 15), Rdnr. 89f./Fn. 201.

³⁴ H. Krieger, Die Verantwortlichkeit Deutschlands nach der EMRK für seine Streitkräfte im Auslandseinsatz, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 62 (2002), 669-702.

³⁵ Krieger (Fn. 10), S. 237f.

³⁶ a. A.: Lorenz (Fn. 10), S. 171.

Dabei muss den verschiedenen Besonderheiten des Sachverhaltes Rechnung getragen werden. Der BND sammelt nach § 1 Abs. 2 BNDG Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung über das Ausland und wertet sie aus. Die typische nachrichtendienstliche Arbeit ist auf Gewinnung von geheimen Informationen mit menschlichen Quellen gerichtet.³⁷ Dabei hat der BND ein besonderes Geheimschutzbedürfnis und spezifische Sicherheitsbedürfnisse. Dazu gehört nicht nur der Eigenschutz, sondern auch der Schutz seiner Quellen.³⁸ Daneben ist zu bedenken, dass die Tätigkeit der Nachrichtendienste in anderen Staaten mit Strafe bewährt sein kann, was die Gewährleistungsmöglichkeiten der deutschen Behörden naturgemäß erheblich einschränkt. Allerdings stellt die nachrichtendienstliche Tätigkeit im Ausland kein völkerrechtliches Unrecht dar.³⁹

Für die Erhebung von Informationen im Inland gibt es nach § 1 Abs. 2 S. 2 BNDG⁴⁰ besondere Ermächtigungsnormen mit spezifischen Beschränkungen in den §§ 2 bis 6 und 8 bis 11 BNDG. Für die Auslandstätigkeit gibt es solche Normen nicht. Hier stellt sich auch in Anbetracht der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte⁴¹ die Frage, ob nicht angesichts der Grundrechtserstreckung ins Ausland an der Geltung des Gesetzesvorbehaltes festzuhalten ist. Hierfür spricht zunächst das britische Beispiel des MI 6, dessen Tätigkeit im Intelligence Service Act von 1994⁴² geregelt ist.⁴³ Der zweite Teil des 1994 Intelligence Service Act, der Aufgabe, Befugnisse und Kontrolle des MI 6 regelt, enthält Ermächtigungsnormen für Informationsbeschaffungsmaßnahmen außerhalb des Vereinigten Königreichs. Hierbei geht es insbesondere um Durchsuchungsbefugnisse und Abhörmaßnahmen, die dem Verhältnismäßigkeitsprinzip sowie zeitlichen Schranken unterworfen werden.⁴⁴ Möglichkeiten von Betroffenen, rechtlich gegen Geheimdienstmaßnahmen vorzugehen, werden allerdings im Einklang mit Grundsätzen des britischen Rechtes beschränkt.⁴⁵

³⁷ A. Hanning, Ziele und Schwerpunkte des Bundesnachrichtendienstes, in: W. Schreckenberger (Hg.), Polizei und Nachrichtendienste unter veränderten Sicherheitsbedingungen, Speyer 2005, S. 87.

³⁸ Hanning (Fn. 37), S. 91.

³⁹ Kunig (Fn. 17), Rdnr. 150.

⁴⁰ „Werden dafür im Geltungsbereich dieses Gesetzes Informationen einschließlich personenbezogener Daten erhoben...“

⁴¹ *Hewitt and Harman v. United Kingdom*, [1992] 14 EHRR 657; EGMR, *Rotaru v. Romania* Judgement of 4 May 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-V, 109 para. 43; *Leander v. Sweden*, Judgement of 26 March 1987, Series A no. 116, para. 48; *Malone v. United Kingdom* Judgement of 2 August 1984, Series A no. 82, para. 83.

⁴² Im internet unter http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1994/Ukpga_19940013_en_1.htm.

⁴³ Siehe dazu J. Wadham, The Intelligence Service Act 1994, *Modern Law Review* 1994, 916ff.

⁴⁴ Wadham (Fn. 43), S. 921.

⁴⁵ Wadham (Fn. 43), S. 923.

Nun könnte man entgegenhalten, dass ein solches Gesetz gegen das völkerrechtliche Einmischungsverbot verstößt.⁴⁶ Hier gilt es aber zweierlei zu bedenken: Zunächst ist die Spionagetätigkeit nicht völkerrechtlich verboten, so dass der betroffene Staat hieran keine Unrechtsfolgen knüpfen kann.⁴⁷ Befürchtet man dennoch einen Verstoß gegen das Einmischungsverbot, muß bedacht werden, dass der Gesetzesvorbehalt aus der abwehrrechtlichen Dimension des Grundrechtsschutzes folgt. Nachrichtendienstliche Tätigkeit im Ausland soll beschränkt werden. Diese Beschränkung vermeidet oder vermindert zumindest Konflikte mit den Rechten des betroffenen Territorialstaates. Demgemäß konnte – soweit ermittelbar – auch nicht festgestellt werden, dass andere Staaten gegen das britische Gesetz protestiert hätten, weil sie es als eine Einmischung in ihre innere Angelegenheiten betrachten würden. Dies aber spricht für die Geltung des Gesetzesvorbehaltes.

Schon bei den Anforderungen an die Bestimmtheit dürften aber nicht die gleichen Maßstäbe wie im Fall des Inlandsbezuges gelten, um das Wesen der nachrichtendienstlichen Tätigkeit nicht zu gefährden. Auch die Mitteilung an den Betroffenen, wie sie in § 12 des G 10 Gesetzes vorgesehen ist, ist von ihrer Intention her eher auf das typische staatsbürgerliche Verhältnis zugeschnitten. Hier greifen zudem Effektivitätserwägungen, so dass hier den Besonderheiten der nachrichtendienstlichen Tätigkeit Rechnung getragen werden muss. Wie aber ist es mit den Regelungen über die Weitergabe von Daten?

C. Verwertbarkeit von Informationen, die von fremden Geheimdiensten unter Verstoß gegen die Grundrechte erhoben wurden

Die Frage bringt mich zu meinem zweiten Themenkomplex. Sind Informationen verwertbar, die von fremden Geheimdiensten unter Verstoß gegen die Grundrechte erhoben wurden? In den Medien sind immer wieder Berichte zu lesen, wonach es der Verfassungsschutz nicht ausschließe, im Anti-Terror-Kampf auch solche Informationen zu nutzen, die im Ausland durch Folter gewonnen wurden, bzw. diese Praxis schon befolge.⁴⁸ Liegt in solchen Fällen ein Grundrechtsverstoß vor?

⁴⁶ G. Becker, Die Reichweite der Grundrechte im Ausland, in: Festschrift für Hübsch, Brühl 2007, Manuskript S. 8.

⁴⁷ Kunig (Fn. 17), Rdnr. 150.

⁴⁸ Z.B. J. Bittner, Früchte der Folter, Die Zeit v. 19.5.2004 Nr. 22, im Internet unter: http://www.zeit.de/2004/22/Folter_all; A. Richter, Zweifelhafte Methoden im Anti-Terror-Kampf, www.tagesschau.de; Stand: 23.11.2006 15:53 Uhr.

I. Der Maßstab von GG und EMRK im Fall der Folter

Das Grundgesetz verbietet in Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG die Folter.⁴⁹ Auch die EMRK enthält in Art. 3 EMRK ein absolutes Folterverbot.⁵⁰ Für die Frage der Verwertbarkeit ist dabei die Schutzpflichtendimension der grundrechtlichen Gewährleistung einschlägig. Zur Ermittlung ihres Umfangs bietet es sich an, auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zurückzugreifen, der anders als deutsche Gerichte eine Vielzahl von Folterfällen zu entscheiden hatte. Der Gerichtshof hat immer wieder betont, dass die Vertragsparteien durch Art. 3 EMRK verpflichtet sind, „gefährdete Personen präventiv gegen Misshandlungen durch Dritte zu schützen.“⁵¹ Zu diesen Dritten zählen neben Privaten auch Staaten.⁵² Dabei hat der Gerichtshof unterstrichen, dass es gerade um ein allgemeines System der Prävention geht. Hier muss die Praxis und Auslegung bestehender Gesetze Verletzung durch Dritte im Interesse effektiver Abschreckung zu verhindern suchen. Der Gerichtshof hat schon mehrfach untersucht, ob eine Gesetzeslage einen angemessenen Schutz der Betroffenen gewährleistet.⁵³

Zwar erfassen die Fälle, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschieden hat, nicht unmittelbar die hier interessierende Konstellation, aber die bisherige Rechtsprechung macht deutlich, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Hinblick auf das absolute Folterverbot eine weite staatliche Verantwortung über die Schutzpflichten und die verfahrensrechtlichen Grundrechtswirkungen behauptet. Die staatliche Verantwortlichkeit kann an Handlungen anknüpfen, die den Grundrechtsträger der Gefahr einer verletzenden Handlung durch Dritte aussetzen. Hierüber geben die Abschiebungsfälle unter der EMRK Auskunft, die zwar heftig kritisiert worden sind,⁵⁴ von denen der Gerichtshof aber dennoch nicht abgewichen ist.⁵⁵ In diesen Fällen ist die Verantwortung des Vertragsstaates durch eine Abschiebung in ein Land, in dem Folter droht, begründet worden, obwohl der Staat selbst nicht an der Folter teilnimmt. Unterstützungshandlungen können demnach ausreichend sein, um eine Verantwortung unter Art. 3 EMRK zu begründen.

⁴⁹ Siehe dazu *C. Degenhart* in *Sachs* (Fn. 18), Art. 104 Rdnr. 41.

⁵⁰ *R. Bank* in *Grote/Marauhn* (Hg.), Konkordanzkommentar EMRK/GG, Tübingen 2006, Kap. 11 Rdnr. 107.

⁵¹ *Bank* (Fn. 50), Rdnr. 85.

⁵² *Bank* (Fn. 50), Rdnr. 106.

⁵³ *Bank* (Fn. 50), Rdnr. 85f.; EGMR, Rep. 2000-III, 149 § 116 – *Mahmut Kaya*; Rep. 1998-VI, 2692, § 24 – *A- v- United Kingdom*; Nr. 39272/98, §§ 148ff. – *M.C. v. Bulgarien*.

⁵⁴ *K. Hailbronner*, Art. 3 EMRK – ein neues europäisches Konzept der Schutzgewährung?, *DöV* 1999, 617ff.

⁵⁵ *A. Zimmermann* in *Grote/Marauhn* (Fn. 50), Kap. 27 Rdnr. 34f.; z.B. EGMR, Nr. 46827/99 u. 46951/99, § 65 – *Mamatkulov u. Abdurasolovic*.

II. Folgen für das nachrichtendienstliche Handeln

Im Hinblick auf das nachrichtendienstliche Handeln lassen sich gegenwärtig drei Konstellationen unterscheiden. Zunächst stellt es einen Verstoß gegen das Folterverbot dar, wenn deutsche Ermittler Gefolterte im Anschluss an Folterungen durch Organe dritter Staaten verhören. Bei Anzeichen für Folter des Verhörten darf es keine Vernehmungen durch deutsche Ermittler geben. Geben des Weiteren deutsche Nachrichtendienste Informationen weiter, die unmittelbar zu Folter- oder Tötungshandlungen etwa durch targeted killings führen, kann auch dieses Verhalten eine unmittelbare Verantwortlichkeit unter der Konvention begründen.

Für die Frage der Verwertbarkeit von Informationen, die andere Staaten unter Verstoß gegen das Folterverbot gewonnen haben, scheint es mir angemessen, eine Parallele zu den Regelungen über die strafprozessualen Beweisverwertungsverbote zu ziehen. Dabei muss allerdings berücksichtigt werden, dass die Abwägungen im Fall präventiven Handelns anders ausfallen können als im Fall repressiven Vorgehens, weil Schaden verhindert und nicht Schuld nachträglich festgestellt werden soll. Dennoch gilt: Folter begründet nach § 136a Abs. 3 StPO ein absolutes Beweisverwertungsverbot. Dabei ist in der Rechtsprechung sogar unter bestimmten Umständen eine Fernwirkung anerkannt.⁵⁶ Auch angesichts des in seinem Kern wohl unstrittigen ius cogens Charakters des Folterverbotes sind Informationen, die Dritte unter Verletzung des absoluten Folterverbotes erlangt haben, nicht verwertbar. Die weite staatliche Verantwortlichkeit, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Fall der Folter begründet, zielt ähnlich wie die weitreichenden amerikanischen Beweisverwertungsverbote eben auch darauf, das Handeln der Sicherheitsbehörden zu kontrollieren und zu begrenzen. Dieser Steuerungsaspekt spricht für die Annahme, dass auch die Verwertung von Informationen, die Dritte durch Folter erlangt haben, gegen die staatlichen Schutzpflichten aus dem Folterverbot verstößt.

Entsprechend dem Verständnis des deutschen Strafverfahrensrechts sind aber Informationen, die nicht mit einer in Frage stehenden Folterhandlung verbunden sind, verwertbar. Wie im Strafverfahrensrecht beendet ein solcher Verstoß nicht den gesamten Prozess der Informationsbeschaffung.⁵⁷ Den der Presse entnehmbaren Äußerungen, die Nachrichtendienste würden

⁵⁶ BGH 1 StR 316/05 v. 7. März 2006; BGHSt 31, 304 (308 f.); 48, 240 (248); s.a. LG Frankfurt StV 2003, 325; L. Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 50. Aufl., München 2007, § 136a Rz. 30; siehe für das Ermittlungsverfahren aber auch BGHSt 32, 68 (70); 35, 328 (332).

⁵⁷ Vgl. BVerfG, 2 BvR 1249/04 vom 14.12.2004, Absatz-Nr. (1 - 14), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20041214_2bvr124904.html.

im Fall von Informationen, die durch Folter erlangt sein könnten, eine Bestätigung durch eine andere Quelle suchen,⁵⁸ liegt demnach im Grundsatz die richtige Wertung zugrunde.

III. Verwertbarkeit in anderen Fällen

In Fällen, in denen gegen andere Grundrechte verstoßen worden ist, werden sich Verwertungsverbote bei einer Abwägung zwischen den einschlägigen öffentlichen Interessen und dem Gewährleistungsgehalt des betroffenen Grundrechts nur im Hinblick auf den Menschenwürdekern des jeweiligen Grundrechtes ergeben, bei dem auch angesichts des grenzüberschreitenden Charakters der Handlungen die Auslegungsgrundsätze zur extraterritorialen Geltung von Grundrechten zum Tragen kommen. Diese Abwägung dürfte in der Regel zu einer Verwertbarkeit der erlangten Informationen führen außer in Fällen, schwerer Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten, den sog. Kernbereich privater Lebensgestaltung.⁵⁹

D. Ausblick

Die Inanspruchnahme extraterritorialer Aufgaben und Befugnisse zur Wahrung deutscher Sicherheitsinteressen darf gerade im Kampf gegen den Terrorismus nicht innerstaatliche Schranken der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr umgehen. Was für die Streitkräfte mittlerweile akzeptiert sein dürfte, muss auch für das nachrichtendienstliche Handeln trotz seiner Besonderheiten gelten. Deutschland sollte bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus auf eine asymmetrische Kriegsführung nicht mit einer asymmetrischen Rechtsanwendung reagieren.

⁵⁸ Verfassungsschutz-Chef: „Folter-Geständnisse nutzen“, Focus, 2.7.2006.

⁵⁹ BVerfGE 109, 279 (313f.).