
Erkenntnisse aus dem Werkstattgespräch “Internet Surveillance and Human Rights in Europe” vom 27. März

Am 27. März 2014 veranstalteten das Programm “Europäische Digitale Agenda” der stiftung neue verantwortung und das Walter Hallstein-Institut für europäisches Verfassungsrecht der Humboldt-Universität zu Berlin in Kooperation mit dem Kompetenznetzwerk für das Recht der zivilen Sicherheit in Europa (KORSE) am Alexander von Humboldt Institut für Internet und Gesellschaft ein Werkstattgespräch über die Bindung von Nachrichtendiensten an Grund- bzw. Menschenrechte.

An den Diskussionen beteiligten sich über vierzig Teilnehmer, darunter Expertinnen und Experten des (europäischen) Verfassungsrechts, des IT-Rechts und des Datenschutzrechts aus Wissenschaft, Politik und Wirtschaft (ehemalige) Richter höchster deutscher Bundesgerichte sowie des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, (ehemalige) Mitglieder der deutschen Gremien zur Kontrolle von Geheimdiensten, Ministerialbeamte sowie Vertreterinnen und Vertreter von Nichtregierungsorganisationen.

Zunächst befasste sich die Runde schwerpunktmäßig mit der deutschen Rechtslage. Hier stand die Bindung des Bundesnachrichtendienstes im Mittelpunkt, insbesondere die Frage, ob dessen Mitarbeiter auch dann an die deutschen Grundrechte gebunden sind, wenn sie außerhalb des Territoriums der Bundesrepublik Deutschland tätig werden und sich ihre Maßnahmen auf ausländische Staatsangehörige beziehen (die sog. strategische Auslandsüberwachung) Im zweiten Teil des Workshops wurde die Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) im Kontext der gegenseitigen Überwachung der Vertragsstaaten der EMRK debattiert. Mit einer historischen Perspektive führte Jochen A. Frowein in die Problematik der EMRK und die Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofs für Menschenrechte ein. Einen reflektierenden Blick auf die europäische Debatte trug der Präsident des European University Institutes, Josef H. H. Weiler, bei.

Im Folgenden sind einige grundlegende Erkenntnisse des Workshops zusammengefasst:

I. Teil: Bindung deutscher Nachrichtendienste an die Grundrechte des Grundgesetzes bei der strategischen Auslandsüberwachung:

- In einer grundlegenden Entscheidung¹ habe das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass der BND im Rahmen der strategischen Auslandsüberwachung grundsätzlich an die Grundrechte gebunden sei – zumindest, wenn ein territorialer Bezug vorliege. Dieses Kriterium des Gebietskontakts sah das Bundesverfassungsgericht damals mit der im Inland

¹ BVerfGE 100, 313, 1 BvR 2226/94 vom 14.7.1999 – abrufbar unter: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19990714_1bvr222694.html (letzter Abruf: 23.4.2014).

stattfindenden Verarbeitung der im Ausland erhobenen Daten als erfüllt an. Die Reichweite der Bindung müsse jedoch im Einzelfall beurteilt werden, "Modifikationen und Differenzierungen" könnten zulässig und geboten sein. Dies gelte vor allem für die sachliche Reichweite der Grundrechte.

- Vergleichbare Diskussionen seien hinsichtlich anderer deutscher Behörden, insbesondere zu Auslandseinsätzen der Bundeswehr oder der Bundespolizei, geführt worden. Im Hinblick auf letztere sei „mit der ganz herrschenden Lehre (...) heute von einer grundsätzlichen Geltung der Grundrechte im Auslandseinsatz auszugehen“².
- Zum Teil wurden Bedenken gegen eine uneingeschränkte Anwendbarkeit aller Grundrechte bei Tätigkeiten deutscher Behörden im Ausland, also ein einheitliches Schutzniveau sowohl bei Tätigkeiten innerhalb als auch außerhalb des Bundesgebietes, angemeldet. Selbst wenn man dies im Hinblick auf die Abwehrfunktion der Grundrechte, vom Bürger gegen den Staat, bejahte, berge dieser Ansatz etwa im Hinblick auf die Schutzpflichtendimension, die den Staat zur Vornahme von Handlungen veranlassen kann, Probleme. Um diesen Konflikt aufzulösen, könne man die Grundrechte entweder generell nur in ihrer Abwehrfunktion zur Anwendung kommen lassen oder die Reichweite des in Betracht kommenden Grundrechts in jedem Einzelfall gesondert abstecken.
- Es wurde vorgeschlagen, statt einen territorialen Bezug zu verlangen, eine funktionale Betrachtungsweise einzunehmen. Damit könne man dem Umstand Rechnung tragen, dass sich die nachrichtendienstlichen Tätigkeit in den letzten Jahren stark verändert hat. Zielobjekt sind nicht mehr (ausschließlich) fremde Staaten und deren Organe, sondern zunehmend auch Privatpersonen. Erst durch diese Aufgabenverschiebung sei die Anwendung von Grundrechten überhaupt in Betracht gekommen. Es sei jedoch zu bedenken, dass die mit der Grundrechtsgeltung verbundenen Benachrichtigungspflichten und Rechtsschutzgewährleistungen im Ausland faktisch sehr schwierig zu gewährleisten seien.
- Darüber hinaus wurde zu Bedenken gegeben, dass in unterschiedliche Rechtskulturen viele verschiedene Wege gefunden worden seien, einen Ausgleich von Freiheit und Sicherheit zu schaffen. Indem Ausländern im Ausland Abwehrrechte durch deutsche Grundrechte gewährt würden, ignoriere man das Recht des ausländischen Staates, eine eigenständige Balance zu finden („kultureller Imperialismus“). Zudem spräche man allenfalls „minderwertige Grundrechte“ zu, wenn man diese im Ausland nur theoretisch, mangels Benachrichtigungs- und Rechtsschutzmöglichkeiten et cetera nicht aber faktisch gewähren könne.
Daher wurde vorgeschlagen, der völkerrechtlichen Tendenz zu folgen, Staaten durch Grundrechte lediglich zu verpflichten, deren Vorgaben einzuhalten bzw. Werte zu schützen, ohne gleichzeitig Individualrechte zuzusprechen.

² Schriften der Bundespolizei 15: Rechtsgrundlagen für Auslandseinsätze der Bundespolizei, S. 126 (abrufbar unter:

http://www.fhbund.de/nn_48220/DE/04_FH_Bund/40_Hochschulzentrale/10_Referat_W/35_Publikationen/25_Schriften_BPOL/schriften_bpol_bpol.html?nnn=true) (letzter Abruf: 23.4.2014).

- Ob die Befugnisnorm in § 2 Abs. 1 S. 4 BNDG als Ermächtigungsgrundlage für die strategische Auslandsüberwachung des BND ausreiche, wurde mit der Begründung verneint, dass sie weder bestimmt genug sei noch dem Zitiergebot genüge³.
- Gegen eine Normierung der strategischen Auslandsüberwachung spreche, dass eine solche Regelung als Eingriff in die Souveränität anderer Staaten angesehen werden und zu diplomatischen Verwicklungen führen könne. Andererseits gebe es durchaus Staaten mit entsprechenden Normen, z. B. das Vereinigte Königreich. Zudem müsse berücksichtigt werden, dass nachrichtendienstliche Überwachung völker-gewohnheitsrechtlich anerkannt sei.
- Als großes Problem wurde die Übermittlung von Informationen zwischen den Diensten ausgemacht, da diese kaum einer rechtlichen und/oder politischen Kontrolle unterliege. Wenn deutsche Dienste beabsichtigen, Informationen an ausländische Dienste zu über-mitteln, müsse dem lediglich das Bundeskanzleramt zustimmen. Die Geheimdienste hätten untereinander grundsätzlich ein „memorandum of under-standing“ abgeschlossen, das eine strikte Zweckbindung der übermittelten Informationen vorsieht. Darüber gebe es aber nur spärlich Informationen.
- Geheimdienste würden in Deutschland verstärkt mit der Polizei zusammenarbeiten, wodurch das Trennungsgebot in Frage gestellt werden könnte – so z.B. im Gemeinsamen Terrorismusabwehrzentrum (GTAZ). Die Regierungskommission schreibt hierzu in ihrem Bericht, dass die “Zusammenarbeit in den gemeinsamen Zentren mittlerweile eine Verfestigung, ein Ausmaß und eine Bedeutung erlangt [hat], die eine eigenständige ge-setzliche Grundlage erfordern. Weiter bedarf die deutliche Intensivierung des behörden-und länderübergreifenden Informationsaustausches einer korrespondierenden Verbesse-rung der behördenübergreifenden Kontrolle”⁴.
- Mitglieder der Organe, die die Dienste politisch kontrollieren, berichteten, dass es keiner-lei institutionalisierten Austausch zwischen den jeweiligen Mitgliedern der G 10-Kommission bzw. des PKGr gebe.
- Die Mitglieder der G 10-Kommission werden von einem Sekretariat unterstützt, das im Vorfeld der Sitzungen die sog. Beschränkungsanträge des BMI analysiert. Die Mitglieder werden dann vorab über kritische Punkte informiert.
- Eine Beschränkung des Art. 10 GG ist nur dann erlaubt, wenn andere Methoden nach-weisbar erfolglos geblieben sind. In der Vergangenheit wurde das BMI wiederholt dafür “gerügt”, dass es die Erforderlichkeit einer Beschränkungsmaßnahme nicht ausführlich genug geprüft habe (siehe z. B. VG Berlin, Urteil vom 8. Juli 2009, VG 1 A 10.08).

³ “Der Bundesnachrichtendienst darf die erforderlichen Informationen einschließlich personenbezoge-ner Daten erheben... über Vorgänge im Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind, wenn sie nur auf diese Weise zu erlangen sind und für ihre Erhebung keine andere Behörde zuständig ist.” abrufbar unter <http://www.gesetze-im-internet.de/bndg/BJNR029790990.html>.

⁴ abrufbar unter: <http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/2013/regierungskommission-sicherheitsgesetzgebung.html> (letzter Abruf: 23.4.2014).

II. Teil: Zur Anwendung der EMRK auf die gegenseitige Überwachung der Mitgliedsstaaten bezüglich der Bürger des jeweils anderen Staates

- Die Anwendbarkeit der EMRK richtet sich nach Art. 1 EMRK⁵. Danach sichern die Vertragsparteien allen ihrer Hoheitsgewalt („within their jurisdiction“) unterstehenden Personen die in Abschnitt I der EMRK bestimmten Rechte und Freiheiten zu. Der EGMR, insbesondere in der Sache Bankovic⁶, erkenne die Ausübung extraterritorialer Jurisdiktion eines Vertragsstaates nur in außergewöhnlichen Fällen an. Etwa dann, wenn der beklagte Staat durch die effektive Kontrolle des betreffenden Territoriums und deren Einwohner im Ausland als Konsequenz militärischer Okkupation oder durch Konsens, Einladung oder Einwilligung der Regierung dieses Gebietes die ganze oder einen Teil der öffentlichen Gewalt ausübe, die normalerweise durch jene Regierung ausgeübt würde. Eine Verbindung durch eine Bombardierung durch einen Staat, die außerhalb seines Territoriums ausgeführt wurde oder seine Auswirkungen hatte, reichte im Fall Bankovic nicht aus. Übertragen auf die gegenseitige Überwachung durch Vertragsstaaten bedeute dies, dass weder ein territorialer Bezug noch ein (nur in außergewöhnlichen Fällen zur Begründung der Hoheitsgewalt i.S.d. Artikel 1 EMRK anerkannter) Bezug *ratione personae* vorliege: Auch eine umfängliche Überwachung stelle keine effektive Kontrolle des betreffenden Territoriums und dessen Einwohner dar, durch die – statt der inländischen Regierung – der ausländische Staat die ganze oder einen Teil der öffentlichen Gewalt in diesem Gebiet ausübe.
- Es sei zudem keine völkerrechtliche Norm erkennbar, aus der sich ein Verbot der nachrichtendienstlichen Überwachung in ausländischen Staaten ergeben könne. Im Gegenteil sei es sogar so, dass praktisch alle Staaten Spionage betrieben (Staatenübung). Und kein Staat spreche sich gegen diese Übung aus (*opinio juris* durch Schweigen). Andererseits sei fraglich, ob sich dies auch auf die Überwachung von Privatpersonen als relativ neues Phänomen beziehe (vgl. schon oben).
- Hinsichtlich des technischen Ablaufs der Überwachung von Internetknoten durch den BND (sog. Auslandskopfüberwachung) verhalte es sich wie folgt: es so, dass die Überwachungskapazität gemäß § 10 Abs. 4 G 10-Gesetz auf 20% der Leitungskapazität beschränkt sei. Der BND müsse in seinen Anordnungen Schlagworte, Provider und Kabelstrang angeben. Der gesamte Datenverkehr, der über diesen Kabelstrang übertragen wird, werde dann dupliziert, an den BND weitergeleitet und durch ihn (zunächst automatisiert) nach Schlagworten durchsucht. Die Suche nach Schlagworten finde in Echtzeit statt. Eine Profilerstellung benötige jedoch eine Form von Zwischenspeicherung der Daten.
Der BND erfasse bei der Auslands-Auslands-Überwachung nicht nur Verbindungsdaten, sondern auch Inhalte.

⁵ "The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention"

„Die Hohen Vertragsparteien sichern allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu.“

⁶ Zulässigkeitsentscheidung der Großen Kammer vom 12. Dezember 2001, Bankovic et al. v. Belgien et al. (Nr. 52207/99), abrufbar unter http://www.coe.int/t/d/menschenrechtsgerichtshof/dokumente_auf_deutsch/volltext/entscheidungen/20011220_B.asp (letzter Abruf: 23.4.2014).

- Die Frage, ob das Vorbehaltsrecht der Alliierten in Deutschland noch gelte, konnte nicht beantwortet werden⁷.

III. Schlussfolgerungen:

- Die Frage der Bindung der Nachrichtendienste an die Grundrechte bei ihrer Tätigkeit im Ausland bleibt auch im Kreise der Teilnehmer umstritten.
Es wurde mehrmals hervorgehoben, dass die massenhafte und umfassende Ausspähung der Bürger fremder Staaten ein relativ junges Phänomen ist, so dass die Grundrechtsrelevanz der (Auslands-) Überwachung des BND erst kürzlich ins Bewusstsein rückte. Es bedarf jedoch einer baldigen Lösung, sowohl in Deutschland als auch darüber hinaus.
Nach dem Wortlaut, der Systematik und des Telos des Art. 1 Abs. 3 GG, insbesondere in Verbindung mit der oben genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, scheint geklärt, dass die Dienste im Ausland zumindest nicht frei von jeglicher Grundrechtsbindung arbeiten sein dürfen. Die sachliche Reichweite bleibt jedoch ungeklärt. Neben innerstaatlichen Regelungen sind dabei insbesondere völkerrechtliche Überlegungen mit einzubeziehen. Wie auch die aktuellen weltpolitischen Entwicklungen belegen, ist die Problematik auch und vor allem politisch hoch brisant.
Die Teilnehmer waren sich einig, dass dieser Gesichtspunkt weiterer eingehender rechtlicher Aufarbeitung und Diskussion bedarf.
- Die Anwendbarkeit der EMRK wurde in der Runde mehrheitlich unter Verweis auf die Bankovic-Rechtsprechung abgelehnt.
Baldige Klärung vermag vielleicht die Beschwerde von drei britischen Bürgerrechtsgruppen sowie Constanze Kurz, Sprecherin des Chaos Computer Clubs (CCC) gegen den britischen Geheimdienst GCHQ vor dem EGMR⁸ bringen.

⁷ siehe dazu <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2013-10/nsa-uerberwachung-merkel-interview-foschepoth> (letzer Abruf: 23.4.2014).

⁸ siehe dazu <http://www.heise.de/newsticker/meldung/GCHQ-Ueberwachung-Buergerrechtler-klagen-in-Strassburg-1972227.html> (letzer Abruf: 23.4.2014).