

Das Recht der inneren und äußeren Sicherheit

Band 9

Extraterritoriale Wirkungen von Grundrechten im Mehrebenensystem

Von

Timo Schwander



Duncker & Humblot · Berlin

TIMO SCHWANDER

Extraterritoriale Wirkungen von Grundrechten
im Mehrebenensystem

Das Recht der inneren und äußeren Sicherheit

Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Markus Thiel, Köln

Band 9

Extraterritoriale Wirkungen von Grundrechten im Mehrebenensystem

Von

Timo Schwander



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster hat diese Arbeit
im Jahre 2018 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

D 6

Alle Rechte vorbehalten
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2199-3475

ISBN 978-3-428-15590-3 (Print)

ISBN 978-3-428-55590-1 (E-Book)

ISBN 978-3-428-85590-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Vorwort

Diese Untersuchung wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster im Sommersemester 2018 als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur wurden bis einschließlich Mai 2018 berücksichtigt.

Sie ist das Ergebnis einer Idee, die im Nachgang der „Snowden-Affäre“ Gestalt annahm und mich nicht mehr losließ. Dass aus dieser Idee ein Buch werden konnte, verdanke ich besonders Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, an dessen Lehrstuhl ich 2015–2017 als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig sein durfte und der bereitwillig die Betreuung der Arbeit übernahm. An seinem Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungswissenschaften, Kultur- und Religionsverfassungsrecht (nunmehr Kommunalwissenschaftliches Institut der WWU Münster) hatte ich zudem den Freiraum, mich auch neben der Dissertation wissenschaftlich zu betätigen.

Prof. Dr. Oliver Lepsius, LL.M., schulde ich Dank für die Bereitschaft, das Zweitgutachten zu meiner Dissertation zu erstatten, Prof. Dr. Dr. Markus Thiel für die rasche Aufnahme in seine Schriftenreihe.

Viele KollegInnen und FreundInnen aus Freiburg, Münster und Berlin haben mir in langen Diskussionen die Schärfung meiner Thesen ermöglicht, Kritik geübt und/oder Teile der Dissertation durchgesehen. Dafür möchte ich besonders Anna-Julia Saiger, LL.M., Dr. Daniel Weidemann, Jakob Faig, Laura Bärthel, Laura Wittmann, Maria Wilhelm und Sandra Westphal danken.

In Berlin hat mir Prof. Dr. Martin Eifert, LL.M., freundlicherweise wissenschaftlichen Unterschlupf gewährt. Prof. Dr. Matthias Bäcker, LL.M., gab mir hilfreiche Anregungen im Zusammenhang mit der Novelle des BND-Gesetzes.

Meinen Eltern danke ich dafür, dass sie mir mein Studium überhaupt erst ermöglicht haben. Schließlich danke ich Marieke, die Rawls hier hineingebracht und mich immer bestärkt hat.

Berlin, im August 2018

Timo Schwander

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	11
---------------------	----

Erster Teil

Bestandsaufnahme im Mehrebenensystem

B. Begriffe und Gegenstand der Arbeit	23
I. Wirkung, Geltung, Anwendbarkeit und Durchsetzbarkeit	23
II. Extraterritorialität	25
III. Grundlinien: Zwischen Universalismus und Herrschaftsverband	30
C. Der Status quo unter dem Grundgesetz	36
I. Staatspraxis	37
II. Rechtsprechung	41
1. Verfassungsgerichte	41
a) 1949–1960: Von „Elfes“ zum Washingtoner Abkommen	41
b) 1961–1971: Von der Auslieferung bei drohender Todesstrafe zur „Spanier“-Entscheidung	43
c) 1973–1987: Vom Grundlagenvertrag zum Teso-Urteil	45
d) 1995–1999: Zweitregisterurteil, Asylrecht und Fernmeldeaufklärung	48
e) Neuere Entscheidungen	51
f) Zusammenfassung	52
2. Fachgerichte	53
a) Insbesondere: Gefangennahme mutmaßlicher Piraten	55
b) Insbesondere: Drohnen-Einsätze und die Ramstein Air Base	56
III. Positionierung der Literatur	59
1. Systematisierung und Untermauerung der Rechtsprechung	59
2. Weitgehende Auslandsgeltung	63
3. Territorialprinzip	65
4. Verfassungsrechtsverhältnis und Verfassungskollisionsrecht	69
5. Art. 1 Abs. 3 GG als dynamische Verweisung	74
6. Differenzierte Ansätze	79
a) Relevanz des Schutzbereiches einzelner Grundrechte	79
b) Relevanz des staatlichen Tätigkeitsfeldes	85
IV. Zwischenergebnis	88

D. Internationaler Menschenrechtsschutz	91
I. Europäische Menschenrechtskonvention	91
1. Travaux préparatoires	95
2. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und der ehemaligen Menschenrechtskommission	96
a) 1965–2001: Prä-Banković	96
b) 2001: Banković	99
c) 2002–2008: Post-Banković	101
d) 2009–2011: Al-Saadoon und Al-Skeini	105
e) Neuere Entscheidungen	107
f) Zusammenfassung	111
3. Stellungnahmen der Literatur	112
4. Zwischenergebnis	115
II. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte	117
1. Travaux préparatoires	119
2. Entscheidungs- und Staatenpraxis	121
a) General Comments und Concluding Observations des Menschen- rechtsausschusses	121
b) Individualbeschwerden vor dem Menschenrechtsausschuss	123
c) Internationaler Gerichtshof und weitere Akteure	125
3. Literatur	125
4. Zwischenergebnis	128
III. Charta der Grundrechte der Europäischen Union	130
1. Rechtsprechung und Praxis der Unionsorgane	132
a) Prä-Charta-Entscheidungen	132
b) Libanon und West-Sahara: Grundrechtecharta und völkerrechtliche Abkommen	134
c) Neuere Entscheidungen	136
d) Praxis der Kommission	137
2. Literatur	138
3. Zwischenergebnis	142
IV. Zwischenergebnis	142
1. Zusammenfassung	142
2. Jurisdiktion als Kontrolle	143
E. Das Verhältnis der verschiedenen Ebenen	146
I. Grundsätzliches Verhältnis	146
1. Europäische Menschenrechtskonvention	146
2. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte	149
3. Grundrechtecharta der Europäischen Union	150
4. Zusammenführung	154

II.	Verhältnis bei der extraterritorialen Wirkung und Problemfelder	154
1.	Regelmäßige Bindung	154
2.	Fernmeldeaufklärung als beispielhafter Problemfall	156
a)	Fernmeldeaufklärung nach der Europäischen Menschenrechtskonvention	156
b)	Fernmeldeaufklärung nach dem Zivilpakt	159
c)	Fernmeldeaufklärung nach der Grundrechtecharta	159
3.	Zusammenfassung	162
III.	Maßgaben des allgemeinen Völkerrechts	162
a)	Irrelevanz völkerrechtlicher Maßgaben im status negativus	162
b)	Kriterien für den status positivus	163
IV.	Menschenrechte und innerstaatliche Umsetzungsverpflichtung	169

Zweiter Teil

Schlussfolgerungen für das deutsche Verfassungsrecht

F.	Integration extraterritorialer Wirkungen in die allgemeine Grundrechtsdogmatik	175
I.	Reichweite der Grundrechtswirkung	175
1.	Strenges Territorialprinzip	176
a)	Wortlaut des Grundgesetzes	176
b)	Verfassungsgeschichte: „Alte“ Verfassungen	178
c)	Intentionen des Parlamentarischen Rates	182
d)	Grundgedanken der Verfassung	183
2.	Territoriale und personale Kontrolle als Voraussetzung der Grundrechtsbindung	189
3.	Bereichsausnahmen	191
4.	Verfassungsrechtsverhältnis durch Anknüpfungsmoment	194
5.	Maßgebliches Kriterium: Ausübung deutscher Staatsgewalt	195
6.	Sonderfall: Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG)	198
II.	Inhaltliche Modifikation der Grundrechtswirkung	200
1.	Vorüberlegungen: Dimensionen, Rechtsnatur, Bindungswirkung ...	200
a)	Grundrechtsdimensionen: Beschränkung auf die Abwehrfunktion?	200
b)	Rechtsnatur: Bloße objektive Rechtssätze?	205
c)	Bindungswirkung: Bloße „Leitwirkung“?	206
d)	Status-Abgrenzung in multinationalen Konstellationen	210
2.	Schutzbereich und Eingriff	212
a)	Personeller Schutzbereich: Beschränkung auf Deutsche?	212
b)	Exkurs: Ausländische juristische Personen und Staatsorgane	217
c)	Sachlicher Schutzbereich: Reduktion auf international anerkannte Menschenrechte?	224

d) Eingriff: Beschränkung auf klassisch-imperative Grundrechtsverkürzungen?	225
3. Rechtfertigung: Modifikationen an den Schranken-Schranken?	227
a) Übermaßverbot und außenpolitische Einschätzungsprärogative ..	227
b) Untermaßverbot	229
c) Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie	233
d) Bestimmtheitsgebot	238
e) Zitiergebot	238
f) Besondere Verfahrensanforderungen, insb. Richtervorbehalte	239
III. Ergebnis	243
G. Konsequenzen für ausgewählte Rechtsgebiete	248
I. Einsatz von Streitkräften	248
1. Besondere Eingriffsermächtigungen	249
2. Allgemeine Eingriffsermächtigungen	251
a) Meinungsstand	251
b) Eingriffsbefugnisse im bewaffneten Konflikt	255
c) Eingriffsbefugnisse außerhalb bewaffneter Konflikte	258
3. Verfassungsrechtliche Maßgaben für Gesetzgebung und Gesetzesanwendung	261
II. Fernmeldeaufklärung durch Nachrichtendienste	262
1. Rechtsgrundlagen	263
a) Überblick	263
b) Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nach dem BNDG	266
2. Verfassungsrechtliche Beurteilung	268
a) Grundrechtsrelevanz	268
b) Anforderungen an eine gesetzliche Ausgestaltung	269
c) Verfassungswidrigkeit der §§ 6 ff. BNDG	273
III. Zusammenfassung	279
H. Fazit	280
Literaturverzeichnis	285
Stichwortverzeichnis	334

A. Einleitung

„Recht kann man nur in bedrohten Lagen erkennen; wenn es da nicht gilt, taugt es nichts. Im Alltag, wo nichts vor sich geht, kann jeder ein Rechtsbewahrer sein.“

Kurt Tucholsky, „8 Uhr abends – Licht aus!“¹

In der heutigen Welt scheinen nationalstaatliche Grenzen zunehmend an Bedeutung zu verlieren. Der Staat ist in seinem Handeln nicht mehr streng an sein Gebiet gebunden, sondern übt Hoheitsmacht auch jenseits von diesem aus. Zwar ist das Territorium nach wie vor die mit Abstand wichtigste Bezugsgröße staatlicher Machtreichweite, doch längst hat eine räumliche Entgrenzung öffentlicher Gewalt begonnen.²

Deutlich wurde diese „Enträumlichung“³ nicht zuletzt durch die Enthüllungen amerikanischer, aber auch deutscher Nachrichtendiensttätigkeiten: Der Bundesnachrichtendienst, so ist bekannt geworden, überwacht in beträchtlichem Umfang Kommunikationsverkehre aus der ganzen Welt.⁴ Mit dem Ausmaß dieses

¹ Weltbühne Nr. 50, 10. 12. 1929, S. 866 (871).

² Dieser Befund wird – mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung – ganz überwiegend geteilt, vgl. nur *F. Becker*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HStR), Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 240, Rn. 1 ff.; *Benhabib*, *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens*, Cambridge 2004, S. 4 ff.; *Buchholtz*, NVwZ 2016, 1353; *Coomans/Kamminga*, in: dies. (Hrsg.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antwerpen 2004, S. 1; *Möllers*, in: ders./Voßkuhle/Walter (Hrsg.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, 2007, S. 1 f.; *Neubert*, AöR 140 (2015), 267 (268); *Payandeh*, DVBl. 2016, 1073; *Pöschl*, in: VVDStRL 74 (2015), S. 405 (406, 422 f.); *Schmalenbach*, in: VVDStRL 76 (2017), S. 245 (246 f.); *Tietje*, *Internationalisiertes Verwaltungshandeln*, 2001, S. 174 ff., 180 f.; *L. J. Wagner*, *Menschenrechte in der Entwicklungspolitik. Extraterritoriale Pflichten, der Menschenrechtsansatz und seine Umsetzung*, 2017, S. 80 f.; *Wegener*, in: VVDStRL 75 (2016), S. 293 (297 f.). Eine vehemente Verteidigung der Relevanz territorialer Grenzen findet sich bei *Gärditz*, GLJ 17 (2016), 907 (908).

³ *F. Becker*, in: HStR³ XI, § 240, Rn. 1. Auch „Entterritorialisierung“, zum Betriff *Bast*, in: VVDStRL 76 (2017), S. 277 (279) und *Schmalenbach*, ebd., S. 245 (249 f.).

⁴ Zum Überblick *Graulich*, Nachrichtendienstliche Fernmeldeaufklärung mit Selektoren in einer transnationalen Kooperation. Prüfung und Bewertung von NSA-Selektoren nach Maßgabe des Beweisbeschlusses BND-26. Bericht im Rahmen des 1. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages (offene Fassung), <https://www.tagesschau.de/inland/graulich-abschlussbericht-101.pdf> [25. 09. 2017], S. 21 ff.; *Schiffbau-*

Vorgehens beschäftigt sich unter anderem ein Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages.⁵

Die erwähnte Enträumlichung staatlicher Macht wirft die Frage auf, ob das Recht mit der Macht Schritt hält. Enden die Grundrechte an der deutschen Staatsgrenze? Art. 1 Abs. 3 des Grundgesetzes bindet die Ausübung deutscher öffentlicher Gewalt an die Beachtung der Grundrechte und scheint dies so auf den ersten Blick knapp zu verneinen.

Wird also in den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses eingegriffen, wenn deutsche Nachrichtendienste im Iran ein Telefonat abhören? Bejaht man diese Frage, so bestünde eine massive Differenz zwischen derzeitiger Staatspraxis⁶ und rechtlichen Anforderungen. Kann es aber andererseits sein, dass die Existenz rechtlicher Bindungen, denen der Staat unterliegt, vom Ort seines Handelns oder der Wirkung dieses Handelns abhängt, sodass er zur Umgehung seiner Fesseln ins Ausland flüchten und dort völlig losgelöst von verfassungsrechtlichen Vorgaben agieren kann?

Die Antwort darauf darf nicht beim Fernmeldegeheimnis Halt machen. Das Problem ist vielmehr ein grundsätzliches: War staatliches Handeln zum Zeitpunkt der Erarbeitung und Verabschiedung des Grundgesetzes noch beinahe ausschließlich Inlandshandeln, weshalb scheinbar kein Grund zur Beschäftigung mit diesen Fragen bestand⁷, so werden Rechtsgüter durch die deutsche Staatsgewalt heute oftmals auch extraterritorial, d. h. im Ausland, beeinträchtigt, so etwa in Auslandseinsätzen der Bundeswehr oder bei Operationen des Bundesnachrichtendienstes.

Dieser Bestandsaufnahme muss eine Untersuchung der Reaktionen des Rechts folgen. Halten die normativen Bindungen, denen das Handeln der öffentlichen Gewalt unterliegt, mit deren ausgedehnten Möglichkeiten und der damit einhergehenden zunehmenden Verletzlichkeit des Einzelnen⁸ Schritt? Beziehen sie sich nur auf das Inland oder ist die Bundesrepublik Deutschland gar verpflichtet, den Grundrechten durch ihre Außenpolitik weltweit zur Durchsetzung zu verhelfen?

er, Fernmeldeüberwachung im Nebel, <http://www.juwiss.de/58-2015/> [25.09.2017]. Umstritten bleibt nach wie vor, ob die Vorgänge den Begriff der Massenüberwachung rechtfertigen, vgl. dazu BT-Drs. 18/12850, S. 1316, 1353 ff.

⁵ 1. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode, Einsetzungsbeschluss v. 20.03.2014 auf Grundlage von BT-Drs. 18/843, ergänzt durch Beschluss v. 09.06.2016 auf Grundlage von BT-Drs. 18/8683; Abschlussbericht v. 23.06.2017, BT-Drs. 18/12850.

⁶ Zu dieser siehe C. I. und G. II. 1.

⁷ So zumindest BVerfGE 100, 313 (362); *Gröpl*, ZRP 1995, 13 (15). Historisch dazu auch *Giegerich*, EuGRZ 2004, 758 ff. Ob diese Diagnose zutrifft, wird sich im Folgenden noch zeigen müssen. Vgl. dazu C. I. und F. I. 1. c).

⁸ Vgl. *Coomans/Kamminga*, in: dies. (Hrsg.), *Extraterritorial Application*, S. 1.

Diese Frage ist nicht mehr graue Theorie, falls sie dies jemals war. Vielmehr kann ihre Antwort buchstäblich über Leben und Tod entscheiden: Im Oktober 2014 etwa erhoben drei jemenitische Staatsangehörige vor dem Verwaltungsgericht Köln Klage gegen die Bundesrepublik und beehrten die Unterbindung amerikanischer Drohnenangriffe, die von der US-Luftwaffenbasis im deutschen Ramstein aus gesteuert würden und denen bereits mehrere ihrer Familienangehörigen zum Opfer gefallen seien. Obgleich die Klage abgewiesen wurde⁹, sorgte sie für ein gewisses Aufsehen¹⁰, denn das Gericht beschied ihr Zulässigkeit, ging vom Bestehen einer entsprechenden Schutzpflicht aus und wies die Klage lediglich aufgrund der weiten Einschätzungsprärogative der äußeren Gewalt ab. Ist dieses Ergebnis ein übertriebener Auswuchs des deutschen Rechtsdenkens, man müsse immer, überall, gegen alles und jeden gerichtlichen Rechtsschutz gewähren, oder schlicht die logische Konsequenz universeller Grund- und Menschenrechte? Eine andere Kammer desselben Gerichts jedenfalls kommt nur ein halbes Jahr später zu einem anderen Ergebnis.¹¹

Eine Antwort auf die obige Frage blieb lange Zeit aus; sie führte geradezu ein Schattendasein.¹² Zu Recht konstatiert Pöschl wohl, sie passe nicht in die „Meistererzählung der Grundrechte“.¹³ Ein Großteil der Literatur beschränkt sich auf knappe Feststellungen dazu. Erst seit den Siebzigerjahren entstanden – freilich noch vor dem zeitlichen Hintergrund einer weniger massiven staatlichen Entgrenzung – zunehmend Monographien und andere Werke mit grundlegenden eigenen Ansätzen.¹⁴ Neuere Auseinandersetzungen hingegen legen den Fokus meist auf ein bestimmtes Feld der Staatstätigkeit – meist auf militärische Auslandseinsätze¹⁵ – oder auf die Auslegung eines bestimmten Grundrechts – meist

⁹ VG Köln, Urt. v. 27.05.2015, Az. 3 K 5625/14 – NWVBl. 2016, 39 ff.

¹⁰ *Schiffbauer*, Aus dem Jemen über Ramstein nach Köln, <http://www.juwiss.de/53-2015/> [25.09.2017].

¹¹ VG Köln, Urt. v. 27.04.2016, Az. 4 K 5467/15 – juris.

¹² *J. Menzel*, Internationales Öffentliches Recht, 2011, S. 560.

¹³ *Pöschl*, in: VVDStRL 74 (2015), S. 405 (422).

¹⁴ *Elbing*, Zur Anwendbarkeit der Grundrechte bei Sachverhalten mit Auslandsbezug, 1992; *Heintzen*, Auswärtige Beziehungen privater Verbände: Eine staatsrechtliche, insbesondere grundrechtskollisionsrechtliche Untersuchung, 1988; *Hofmann*, Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte, 1994; *Isensee*, in: VVDStRL 32 (1974), S. 49 ff.

¹⁵ Zu nennen sind hier insbesondere *Erberich*, Auslandseinsätze der Bundeswehr und Europäische Menschenrechtskonvention, 2004; *Neubert*, Der Einsatz tödlicher Waffengewalt durch die deutsche auswärtige Gewalt, 2016; *Surholt*, Amtshaftung für Handlungen in Auslandseinsätzen der Bundeswehr, 2014; *N. B. Wagner*, Grund- und Menschenrechte in Auslandseinsätzen von Streitkräften. Schutz und Grenzen von Grund- und Menschenrechten bei Auslandseinsätzen von Streitkräften im Frieden und in bewaffneten Konflikten, 2009; Weingärtner (Hrsg.), Streitkräfte und Menschenrechte, 2008.