Das Abhören der Kanzlerhandys und das Völkerrecht

Prof. Dr. Stefan Talmon, LL.M. M.A., Bonn*

Bundeskanzlerin *Angela Merkel* und ihr Amtsvorgänger *Gerhard Schröder* sind empört darüber, dass der amerikanische Geheimdienst ihre Handys überwacht hat. Dieser kurze Beitrag untersucht, ob die Vereinigten Staaten durch das Abhören der Kanzlerhandys Regeln des Völkerrechts verletzt haben. Der Beitrag stellt fest, dass das Abhören der Handys den Tatbestand der Spionage in Friedenszeiten erfüllt und damit völkerrechtlich zulässig ist, solange die Abhöraktion nicht vom Gelände der US-Botschaft oder von einer US-Militärbasis in Deutschland aus erfolgt. Der Beitrag legt nahe, dass der Abschluss von sogenannten „No Spy-Abkommen“ weder praktisch durchführbar noch politisch sinnvoll ist und rät vom Abschluss solcher Abkommen auch unter „Freunden“ ab.

I. Abhören als Spionage in Friedenszeiten

Das Abhören des Handys von Kanzlerin *Angela Merkel* und ihres Vorgängers *Gerhard Schröder* seit 2002 durch den amerikanischen Geheimdienst National Security Agency (NSA) hat politisch viel Staub aufgewirbelt.¹ So erklärte die Kanzlerin: „Ausspähen unter Freunden – das geht gar nicht“;² und Altbundeskanzler *Schröder* sagte der Bild-Zeitung am 5. Februar 2014: „Die USA haben keinen Respekt vor einem loyalen Bündnispartner und der Souveränität unseres Landes.“³ Völkerrechtlich stellt sich die Sache jedoch sehr viel nüchterner dar. Das Abhören der deutschen Bundeskanzler und anderer Regierungsmitglieder erfüllt den Tatbestand der Spionage in Friedenszeiten und ist als solches völkerrechtlich grundsätzlich erlaubt.⁴ Anders als

für die Behandlung der Spione in Kriegszeiten⁵ enthält das Völkerrecht für diesen Fall keine speziellen Regelungen. Die Spionage in Friedenszeiten richtet sich deshalb nach dem so genannten „Lotus-Grundsatz“, wonach den Staaten aufgrund ihrer Souveränität und der daraus resultierenden Handlungsfreiheit völkerrechtlich alles erlaubt ist, was nicht ausdrücklich verboten ist.⁶ Andererseits steht es dem ausgespähten Staat aufgrund seiner Souveränität frei, die Spionage für ausländische Geheimdienste unter Strafe zu stellen, wie dies im Strafgesetzbuch geschehen ist.⁷ Ein völkerrechtliches Delikt des ausländischen Staates stellt die Spionage dagegen nicht dar. Deutschland kann deshalb von den Vereinigten Staaten von Amerika weder eine förmliche Entschuldigung als Wiedergutmachung fordern noch Gegenmaßnahmen ergreifen.⁸ Eine zeitweilige Suspendierung des SWIFT-Abkommens von 2010 zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Europäischen Union, das US-Terrorfahndern den Zugriff auf Kontobewegungen von Verdächtigen in der EU erlaubt, wie jüngst vom Europaparlament gefordert,⁹ wäre als Reaktion auf die Späh-Aktionen der NSA völkerrechtlich unzulässig.

Ein völkerrechtliches Spionageverbot kann sich nur aus zwischenstaatlichen Verträgen oder aus dem Völkergewohnheitsrecht ergeben. Eine Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen zu Spähangriffen ausländischer Geheimdienste, wie sie von Deutschland und Brasilien initiiert wurde,¹⁰ hat dagegen allenfalls politisches oder moralisches Gewicht.

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht der Universität Bonn.

¹ Siehe ‘Deutliche Worte in eigener Sache’ sowie ‘Die Wut der Freunde wächst’, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 25.10.2013, S. 3 und 4; ‘Zielobjekt Kanzler’, *Süddeutsche Zeitung* v. 5.2.2014, S. 5.

² Siehe ‘Spionageverdacht gegen US-Botschaft’, *Süddeutsche Zeitung* v. 25.10.2013, S. 1.

³ ‘*Gerhard Schröder*: “Das Kanzler-Telefon abzuhören geht zu weit”’, *Bild* v. 5.2.2014, <http://www.bild.de/> (alle Internetseiten wurden zuletzt am 5.4.2014 aufgerufen).

⁴ So auch *Kish*, *International Law and Espionage* (edited by David Turns), 1995, S. XV, der sogar davon spricht, dass die Spionage völkergewohnheitsrechtlich erlaubt sei. Zur Spionage im Völkerrecht siehe auch Stanger (ed.), *Essays on Espionage and International Law*, 1962. Contra *Peters*, ‘Surveillance Without Borders? The Unlawfulness of the NSA-Panopticon, Part I’, *EJIL: Talk!*, 1 November 2013, <http://www.ejiltalk.org/>, die davon ausgeht, dass Spionage völkerrechtlich verboten ist.

⁵ Siehe *Schaller*, ‘Spies’, in: Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IX, 2012, S. 435-438 (436-437).

⁶ Siehe *Permanent Court of International Justice*, *The Case of the S.S. ‘Lotus’*, [1927] PCIJ Series A, No. 10, S. 18-19. Siehe auch *Inkster*, ‘The Snowden Revelations: Myths and Misapprehensions’, *Survival: Global Politics and Strategy* 56 (2014), S. 51-60 (53, 54).

⁷ Vgl. § 99 StGB.

⁸ Vgl. Art. 37 und Art. 49 der Artikel der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen zur Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen, abgedruckt als Anhang zur Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen Nr. 56/83, UN Doc. A/RES/56/83 (12 December 2001).

⁹ Siehe ‘Europaparlament verlangt Aussetzung des Swift-Abkommens’, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 24.10.2013, S. 5.

¹⁰ Siehe die VN-Generalversammlungsresolution Nr. 68/167 v. 18.12.2013 zum ‘Recht auf Privatheit im digitalen Zeitalter’ (UN Doc. A/RES/68/167 (21 January 2014)). Siehe auch ‘Deutschland und Brasilien arbeiten an Resolution zu NSA’, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 28.10.2013, S. 2.

II. Zweifelhafte „No Spy“- Abkommen

Ein so genanntes „No Spy“-Abkommen, worin sich die Vertragsparteien verpflichten, sich nicht gegenseitig auszuspähen, existiert bislang zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland nicht. Als Konsequenz aus der NSA-Affäre kündigte der für die Geheimdienste zuständige Kanzleramtschef *Ronald Pofalla* bereits am 13. August 2013 ein „No Spy“-Abkommen mit den USA an. Die USA hätten den Abschluss eines solchen Abkommens angeboten.¹¹ Nach Aussage des stellvertretenden Regierungssprechers vom 25. Oktober 2013 erwartete die Bundesregierung bis zum Ende des Jahres 2013 „von den USA den Abschluss eines Abkommens, in dem die Tätigkeit und die Zusammenarbeit der Nachrichtendienste geregelt und festgelegt werden. Dazu gehört u. a., dass wir uns gegenseitig nicht ausspionieren“.¹² In diesem Zusammenhang wurde immer wieder auch auf die britisch-amerikanische Fernmeldeaufklärungsvereinbarung vom 5. März 1946 verwiesen, der später auch Australien, Kanada und Neuseeland beigetreten sind. Die fünf Staaten, die auch als „Fünf-Augen-Allianz“ bezeichnet werden, sollen angeblich übereingekommen sein, sich nicht gegenseitig auszuspähen. Bei dieser heute auf der Internetseite der NSA veröffentlichten „Vereinbarung“ scheint es sich jedoch eher um eine politische Abmachung – ein Gentlemen’s Agreement oder ein Memorandum of Understanding – zwischen den Geheimdiensten als um einen völkerrechtlich verbindlichen Vertrag zwischen den Staaten zu handeln.¹³ Ein Ausspähverbot wird nicht ausdrücklich erwähnt; vielmehr geht es um den umfassenden Austausch von Geheimdienstinformationen, der ein gegenseitiges Ausspähen wohl überflüssig macht. Bislang haben die Vereinigten Staaten von Amerika noch mit keinem anderen Staat ein rechtsverbindliches „No Spy“-Abkommen geschlossen. Am 11. Februar 2014 erwiderte US-Präsident *Barack Obama* in einer gemeinsamen Pressekonferenz mit dem französischen Präsidenten *François Hollande* auf die Frage, ob er das „No Spy“-Abkommen mit England nicht auf Frankreich ausdehnen wolle: „Es gibt kein Land, mit dem wir ein No Spy-Abkommen haben. Wir haben, wie jedes andere Land auch, Geheimdienstfähigkeiten, und dann haben wir eine Reihe von Partnerschaften mit allen Arten von Ländern.“¹⁴ Auch andere Staaten scheinen solche Abkommen bislang nicht eingegangen zu sein. Dies bedeutet nicht, dass solche Abkommen völkerrechtlich nicht möglich wären. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Tatbestand

der Spionage, anders als die Behandlung gefasster Spione, im Hinblick auf die nationalen Sicherheitsinteressen der Staaten einer vertraglichen Verbotsregelung überhaupt sinnvoll zugänglich ist. Ein solches Verbot stünde wohl von Anfang an unter dem Vorbehalt des Schutzes „nationaler Interessen“, des Rechts zur Selbstverteidigung, des Notstandes, der Notlage, einer grundlegenden Änderung der Umstände oder anderer möglicher Rechtfertigungen des Vertragsbruchs. In jedem Fall käme es darauf an, ob durch ein solches Abkommen mit den Vereinigten Staaten lediglich das Ausspähen deutscher Regierungsstellen und Behörden sowie der deutschen Wirtschaft oder jegliche Spionagetätigkeit in Deutschland ausgeschlossen werden soll. Letzteres erscheint im Hinblick auf eventuell von deutschem Boden ausgehende Terrorgefahren unwahrscheinlich. Man wird sich in den Vereinigten Staaten daran erinnern, dass einige der Attentäter vom 11. September 2001 in Hamburg studiert hatten.¹⁵ Vor diesem Hintergrund wurde von Anfang an darauf hingewiesen, dass man sich keine zu großen Hoffnungen auf den Abschluss eines völkerrechtlich verbindlichen „No Spy“-Abkommens machen sollte. Wenn überhaupt, hätte die *Obama*-Regierung zu einer politischen Abmachung bereit sein dürfen, die den Staaten normalerweise größere Handlungsspielräume bei deren „Nichterfüllung“ lässt. Aber auch eine solche offizielle förmliche politische Vereinbarung mit Deutschland erschien von Beginn an als eher unwahrscheinlich. Die USA hätten eine solche nicht eingehen können, ohne dass andere Partner und Verbündete den Abschluss ähnlicher Abkommen gefordert hätten. Auch hätte jede auch rechtlich unverbindliche Vereinbarung den politischen Preis erhöht, den zukünftige US-Regierungen für Spionagetätigkeiten in Deutschland zu zahlen gehabt hätten.¹⁶ Trotz dieser Bedenken hielt die Bundesregierung zunächst am Abschluss eines „No Spy“-Abkommens fest.¹⁷ Noch am 15. Januar 2014 ließ die Bundesregierung in einer Debatte des Deutschen Bundestages zu den Verhandlungen über ein „No Spy“-Abkommen erklären, dass „die Verhandlungen mit den Amerikanern über eine verbindliche Vereinbarung zu nachrichtendienstlichen Tätigkeiten weitergeführt werden, und deshalb – da kann die Opposition ganz beruhigt sein – werden sie auch weitergeführt.“¹⁸ Nur wenige Wochen später schien jedoch selbst die Bundesregierung erkannt zu haben, dass es ein „No Spy“-Abkommen mit

¹¹ Siehe ‘Deutsch-amerikanisches Anti-Spionage-Abkommen geplant’, Reuters Deutschland, 12.8.2013, <http://de.reuters.com/>.

¹² Siehe Bundesregierung, ‘Regierungspressekonferenz v. 25.10.2013’, <http://www.bundesregierung.de/>.

¹³ Der Text des British-U.S. Communication Intelligence Agreement, 5 March 1946, findet sich auf der Webseite der NSA unter http://www.nsa.gov/public_info/files/ukusa/agreement_outline_5mar46.pdf.

¹⁴ The White House, ‘Press Conference by President *Obama* and President *Hollande* of France’, 11 February 2014, <http://www.whitehouse.gov/> (Übersetzung des Autors). Siehe auch ‘Treffen mit *Hollande*: *Obama* erteilt No-Spy-Abkommen klare Absage’, SpiegelOnline, 11.2.2014, <http://www.spiegel.de/>.

¹⁵ Siehe ‘Mutmaßliche Terroristen haben in Hamburg studiert’, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 15.09.2001, S. 8.

¹⁶ Siehe z.B. *Talmon*, ‘Ich spioniere, du spionierst, alle spionieren – und es ist erlaubt’, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 1.11.2013, S. 7.

¹⁷ Siehe ‘No-Spy-Abkommen: Chronologie eines Missverständnisses’, Süddeutsche Zeitung Online, 14.1.2014, <http://www.sueddeutsche.de/>.

¹⁸ Siehe die Erklärung des Parlamentarischen Staatssekretärs beim Bundesminister der Innern, Dr. *Günter Krings*, in der Aktuelle Stunde zur ‘Haltung der Bundesregierung zu den Verhandlungen über ein No-Spy-Abkommen zwischen den USA und der Bundesrepublik Deutschland’, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll Nr. 18/7 v. 15.1.2014, S. 366 (B). Siehe auch die Erklärung des Koordinators der Bundesregierung für die transatlantischen Beziehungen, *Philipp Mißfelder*, vom selben Tag: ‘Der Abschluss eines No-Spy-Abkommens

den Vereinigten Staaten nicht geben wird.¹⁹ Am 27. Februar 2014 musste Außenminister *Steinmeier* bei einem Besuch in Washington einräumen, dass es bei unterschiedlichen Bewertungen der Bedeutung von Sicherheit, Freiheit und Privatsphäre keinen Sinn macht, „Verhandlungen über ein bilaterales ‚No-Spy‘-Abkommen zu beginnen“. Stattdessen soll über „die Tatsache gesprochen werden, dass wir uns in diesen Fragen nicht immer einig sind. [...] Unsere Argumente werden von der anderen Seite nicht immer geteilt, aber es gibt Punkte, bei denen wir vielleicht niemals 100 Prozent übereinstimmen.“²⁰ Statt eines Abkommens setzt Deutschland jetzt auf einen „Cyberdialog“ zwischen den Regierungen, der Wissenschaft und der Zivilgesellschaft beider Länder, um Unterschiede und Gemeinsamkeiten im Umgang mit dem Schutz der Privatsphäre zu definieren.²¹ Ein diplomatisches Begräbnis erster Klasse der von Anfang an realitätsfernen deutschen Hoffnungen auf ein „No Spy“-Abkommen.

III. Abhören aus der US-Botschaft als Verstoß gegen das Diplomatenrecht

Soweit das Abhören deutscher Regierungsmitglieder nicht direkt von den Vereinigten Staaten aus über Spionagesatelliten, sondern aus der US-Botschaft in Berlin heraus erfolgte,²² verstößt dies gegen das Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen von 1961. Danach haben die Angehörigen diplomatischer Missionen die Gesetze und anderen Rechtsvorschriften des Empfangsstaats zu beachten und dürfen die Räumlichkeiten der Mission nicht in einer Weise benutzen, die mit den Aufgaben der Mission unvereinbar sind.²³ Zwar gehört zu den Aufgaben diplomatischer Missionen auch die Nachrichtengewinnung über den Empfangsstaat, doch darf diese nur mit rechtmäßigen Mitteln erfolgen.²⁴ Das Ausspähen der Regierung des Empfangsstaates fällt nicht darunter. Falls die Bundesregierung Beweise für ein Abhören aus der US-Botschaft hat, könnte sie die Vereinigten Staaten von Amerika vor dem *Internationalen Gerichtshof (IGH)* in Den Haag wegen Verletzung des Diplomatenrechtsübereinkommens

mit den Vereinigten Staaten ist für Deutschland wichtig, um die Vertrauensbasis mit unseren Freunden in den USA wiederherzustellen. [...] Berichten, wonach die Verhandlungen zum No-Spy-Abkommen schon jetzt gescheitert wären, müssen wir deutlich widersprechen. Im Gegenteil: Es wird weiter verhandelt“; siehe *‘Mißfelder: Scheitern des No-Spy-Abkommens wäre Rückschlag in den Beziehungen zu den USA’*, 15.1.2014, <http://www.presseportal.de/>.

¹⁹ Siehe *‘Germany gives up on no-spy deal with US’*, Financial Times, 13 February 2014, <http://ft.com/>.

²⁰ U.S. Department of State, *‘Remarks with German Foreign Minister Frank-Walter Steinmeier After Their Working Lunch’*, 27 February 2014, <http://www.state.gov/> (Übersetzung des Autors).

²¹ Auswärtiges Amt, *‘Außenminister Steinmeier in Washington’*, 1.3.2014, <http://www.auswaertiges-amt.de/>.

²² Siehe *Leyendecker/Goetz*, *‘Spionageverdacht gegen US-Botschaft’*, Süddeutsche Zeitung, 25.10.2013, S. 1.

²³ Siehe Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen (WÜD) v. 18.4.1961 (BGBl. 1964 II S. 959), Art. 41 Abs. 1 und 3.

²⁴ WÜD, Art. 3 Abs. 1(d).

verklagen. Die Möglichkeit, einen anderen Staat vor dem *Internationalen Gerichtshof* zu verklagen, besteht nur, wenn beide Staaten die Gerichtsbarkeit des *IGH* anerkannt haben. Dies kann in einem speziellen Streitbeilegungsvertrag oder in einer Streitbeilegungsklausel eines allgemeinen Vertrages (sog. „compromissory clause“), oder auch nach Entstehen der Streitigkeit in einer Streitbeilegungsvereinbarung (sog. „compromis“) *ad hoc* geschehen. Im vorliegenden Fall sind beide Staaten Vertragsparteien des fakultativen Streitbeilegungsprotokolls zum Diplomatenrechtsübereinkommen, das Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung des Übereinkommens der obligatorischen Gerichtsbarkeit des *IGH* unterwirft.²⁵ Ein Strafverfahren vor deutschen Gerichten gegen Angehörige der US-Botschaft wegen geheimdienstlicher Agententätigkeit wird dagegen regelmäßig an der diplomatischen Immunität der Botschaftsangehörigen scheitern.²⁶ Hier bleibt der Bundesregierung lediglich die Möglichkeit, die des Abhörens verdächtigen Personen zur *persona non grata* zu erklären und deren Tätigkeit an der US-Botschaft damit zu beenden.²⁷ Darüber hinaus könnte die Bundesregierung die USA auffordern, den Umfang ihres diplomatischen und anderen Personals an der Berliner Botschaft zu reduzieren und den Betrieb von Funkanlagen in der Botschaft untersagen.²⁸

IV. Abhören von US-Militärstützpunkten als Verstoß gegen das NATO-Truppenstatut

Die Streitkräfte verbündeter Staaten, die in Deutschland stationiert sind, haben das Recht, zum Schutz der Truppe und im Rahmen ihrer Bündnisaufgaben gewisse Aufklärungsmaßnahmen durchzuführen.²⁹ Ein Abhören von Regierungsmitgliedern oder von Privatpersonen von US-Militäreinrichtungen in Deutschland aus verstößt jedoch gegen das NATO-Truppenstatut.³⁰ Danach hat US-Militärpersonal in Deutschland die Pflicht, das Recht des Aufnahmestaates zu achten und sich jeder mit dem Geist dieses Abkommens nicht zu vereinbarende Tätigkeit, einschließlich der Spionage, zu enthalten.³¹ Dies ergibt sich auch aus Artikel VII des Truppenstatuts, wonach die Behörden des Aufnahmestaates das Recht haben, über Mitglieder einer ausländischen Truppe oder eines zivilen Gefolges und deren Angehörige die ausschließliche Gerichtsbarkeit in Bezug auf strafbare Handlungen

²⁵ Siehe Art. I des Fakultativ-Protokolls zum Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen betreffend die obligatorische Beilegung von Streitigkeiten v. 18.4.1961 (BGBl. 1964 II S. 1018). Das WÜD und das Fakultativ-Protokoll sind für Deutschland seit 11.11.1964 und für die USA seit 13.11.1972 in Kraft.

²⁶ Vgl. WÜD, Art. 29, 31, 37.

²⁷ WÜD, Art. 9.

²⁸ Siehe WÜD, Art. 11, 27 Abs. 1.

²⁹ Siehe *Kish*, (Fn. 4), S. 85.

³⁰ Vgl. *Schmitt*, *‘Computer Network Attack: The Normative Software’*, Yearbook of International Humanitarian Law 4 (2001), S. 53-85 (59).

³¹ Abkommen zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrags über die Rechtsstellung ihrer Truppen (NATO-Truppenstatut) v. 19.6.1951 (BGBl. 1961 II S. 1190), Art. II.

gegen die Sicherheit des Staates, einschließlich der "Spionage oder Verletzung eines Gesetzes, das sich auf Amtsgeheimnisse dieses Staates" bezieht, auszuüben.³² Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Artikel 3 II a des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut, wonach die deutschen Behörden und die Behörden der in Deutschland stationierten verbündeten Truppen bei der Sammlung aller Nachrichten, die für die Sicherheit des Entsendestaates und ihrer Truppen eng zusammenarbeiten.³³ Aus der Pflicht zur geheimdienstlichen Zusammenarbeit bei der Nachrichtensammlung lässt sich kein Recht amerikanischer Geheimdienste zum Abhören deutscher Staatsorgane ableiten. Streitigkeiten über die Anwendung und Auslegung des NATO-Truppenstatuts und des Zusatzabkommens sind jedoch, anders als Streitigkeiten über das Wiener Diplomatenrechtsübereinkommen, durch Verhandlungen ohne Inanspruchnahme außenstehender Gerichte zu regeln,³⁴ so dass eine Rechtsverletzung auf diesem Wege nicht effektiv geltend gemacht werden kann.

Im Zusammenhang mit Abhörmaßnahmen von US-Militärstützpunkten in Deutschland wurden auch immer wieder die geheimen Verwaltungsvereinbarungen zwischen der Bundesregierung und den Regierungen der drei Westmächte aus den Jahren 1968/1969 als Rechtsgrundlage für das Abhören des Kanzlerhandys genannt.³⁵ Die öffentliche Empörung über die NSA-Abhöraktivitäten in Deutschland veranlasste die Bundesregierung bereits im August 2013 diese seit mehreren Jahren nicht mehr angewandten Vereinbarungen öffentlichkeitswirksam zu kündigen.³⁶ Am 2. August 2013 erklärte das Auswärtige Amt: „Im gegenseitigen Einvernehmen ist die Verwaltungsvereinbarung mit den USA [...] damit außer Kraft getreten.“³⁷ Für die Spionageaktivitäten der NSA in Deutschland waren diese Vereinbarungen jedoch ohne Bedeutung. Bei der am 28. Oktober 1968 zwischen der Bundesregierung und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika geschlossenen Verwaltungsvereinbarung zu dem Gesetz zu Artikel 10 des Grundgesetzes ging es gerade darum, dass mit dem Tage des Inkrafttretens des Gesetzes zur Beschränkung des Brief-, Post- und

Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10 Gesetz – G 10) die amerikanischen Geheimdienste nicht mehr selbst im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland Überwachungsmaßnahmen durchführen können sollten.³⁸ Nach Artikel 10 II 1 des Grundgesetzes dürfen Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses nur auf Grund eines Gesetzes angeordnet werden. Ein solches Gesetz wurde aber erst im August 1968 mit dem sog. „G 10 Gesetz“ verabschiedet.³⁹ Durch dieses „Überwachungsgesetz“ wurden die alliierten Vorbehaltsrechte in Bezug auf die Überwachung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs in Deutschland abgelöst.⁴⁰ Davor konnten die drei Westmächte zunächst aufgrund des Besatzungsrechts und ab 1955 auf der Grundlage ihrer Rechte, die sie sich in Artikel 5 II des Deutschlandvertrages vorbehalten hatten,⁴¹ unbeschränkt den Brief-, Post- und Fernmeldeverkehr in der Bundesrepublik Deutschland überwachen. Bereits 1951 hatte es hierzu eine hitzige Debatte im Deutschen Bundestag gegeben, als bekannt wurde, dass die Westmächte zahlreiche Politiker, Gewerkschaftler und Privatpersonen, darunter den Sohn des Bundespräsidenten, abhörten.⁴² Gerade diese Praxis sollte durch die Verwaltungsvereinbarungen von 1968/1969 beendet werden. In Zukunft sollten sich die ausländischen Geheimdienste an den deutschen Verfassungsschutz und den Bundesnachrichtendienst wenden, die die Überwachungsaktionen auf der Grundlage des G 10-Gesetzes für die ausländischen Geheimdienste durchführen sollten.⁴³ Eine Verpflichtung zu dieser geheimdienstlichen „Amtshilfe“ ergab sich für Abhörmaßnahmen im Interesse der Sicherheit der Westmächte und zum Schutz ihrer in Deutschland stationierten Truppen aus Artikel 3 II a des Zusatzabkommens

³² NATO-Truppenstatut, Art. VII II c (ii).

³³ Zusatzabkommen zu dem Abkommen zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrages über die Rechtsstellung ihrer Truppen hinsichtlich der in der Bundesrepublik Deutschland stationierten ausländischen Truppen (ZA-NTS) v. 3.8.1959 (BGBl. 1961 II S. 1183, 1218), Art. 3 II a.

³⁴ NATO-Truppenstatut, Art. XVI; ZA-NTS, Art. 80A.

³⁵ Siehe z.B. der Historiker *Josef Foscaphoth* im Interview mit der Deutschen Welle; siehe 'Foscaphoth: "Die NSA überwacht mit Erlaubnis"', Deutsche Welle v. 26.7.2013, <http://www.dw.de/>. Siehe auch dessen Interview mit Zeit Online "Die USA dürfen Merkel überwachen", Zeit Online v. 25.10.2013, <http://www.zeit.de/>. Zu den geheimen Verwaltungsvereinbarungen mit den Westmächten siehe auch *Foscaphoth*, Überwachtes Deutschland: Post- und Telefonüberwachung in der alten Bundesrepublik, 2012, S. 193-195. Der Text der Vereinbarung mit dem Vereinigten Königreich v. 28.10.1968 findet sich ebd., S. 298-301.

³⁶ Siehe 'Überwachung: Deutschland kündigt Spionageabkommen mit Westalliierten', Zeit Online v. 6.8.2013, <http://www.zeit.de/>.

³⁷ 'Politik: Abhörvereinbarung gekündigt', Süddeutsche Zeitung v. 3.8.2013, <http://newsticker.sueddeutsche.de/>.

³⁸ Der Text der weitgehend inhaltsgleichen Verwaltungsvereinbarung mit dem Vereinigten Königreich findet sich bei *Foscaphoth*, (Fn. 35), S. 298-301. Siehe ebd., S. 193-195.

³⁹ Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz) (G 10) v. 13.8.1968 (BGBl. I S. 949). Das Gesetz trat am 14.11.1968 in Kraft.

⁴⁰ Vgl. das Schreiben des Auswärtigen Amtes an die Botschaft der Vereinigten Staaten von Amerika v. 27.5.1968 betreffend die Ablösung der alliierten Vorbehaltsrechte zur Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, Bestätigung der Verbalnote der US-Botschaft durch das Auswärtige Amt, abgedruckt in *Foscaphoth*, (Fn. 35), S. 297-298.

⁴¹ Vertrag über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Drei Mächten ('Deutschlandvertrag') v. 26.5.1952, in der Fassung v. 23.10.1954 (BGBl. 1955 II S. 306). Der Vertrag trat am 5.5.1955 in Kraft. Art. 5 II lautet: 'Die von den Drei Mächten bisher innegehabten oder ausgeübten Rechte in Bezug auf den Schutz der Sicherheit von in der Bundesrepublik stationierten Streitkräften, die zeitweilig von den Drei Mächten beibehalten werden, erlöschen, sobald die zuständigen deutschen Behörden entsprechende Vollmachten durch die deutsche Gesetzgebung erhalten haben und dadurch in Stand gesetzt sind, wirksame Maßnahmen zum Schutz der Sicherheit dieser Streitkräfte zu treffen'. Die entsprechenden Vollmachten wurden durch das G 10-Gesetz 1968 geschaffen.

⁴² Siehe Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll Nr. 1/167 v. 11.10.1951, S. 6852-6857. Siehe auch Deutscher Bundestag, Drucksache Nr. 1/2551 v. 11.9.1951.

⁴³ Siehe *Foscaphoth*, (Fn. 35), S. 44.

zum NATO-Truppenstatut.⁴⁴ Mit dem Abschluss der Vereinbarungen war aber jedem direkten Abhören durch die NSA innerhalb Deutschlands die Grundlage entzogen.

V. Völkerrechtskonformität der Fernaufklärung

Am wahrscheinlichsten erscheint es jedoch, dass die Kanzlerin und ihr Vorgänger nicht von Militäreinrichtungen in Deutschland oder der US-Botschaft in Berlin, sondern direkt aus den Vereinigten Staaten von Amerika abgehört wurden. Soweit es um Telefonate oder SMS, die über das Mobilfunknetz abgewickelt werden, geht, können diese über Spionagesatelliten im Weltall mit angeschlossenen Bodenstationen in den USA abgefangen werden. Emails, die über ein Smartphone versandt werden (wobei die Kanzlerin ein solches nicht besitzen soll), können auf in den USA stehenden Servern der Internet-Service-Provider „abgefischt“ werden. Ein solches Verhalten ohne physischen Inlandsbezug verstößt nicht gegen das Völkergewohnheitsrecht. Im Jahr 2006 stellte der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* im Hinblick auf die strategische internationale Überwachung des drahtlosen Fernmeldeverkehrs durch den deutschen Bundesnachrichtendienst fest, dass das Abhören von Telefonaten im Ausland, die nicht über das Festnetz, sondern über Satellit oder Richtfunkstrecken abgewickelt werden, und die Verwendung der so erlangten Informationen nicht gegen die völkerrechtlich geschützte territoriale Souveränität anderer Staaten verstößt, solange die vom ausländischen Territorium ausgesandten Funksignale von Deutschland aus überwacht und abgefangen werden und die so gesammelten Informationen in Deutschland genutzt werden.⁴⁵ Nichts anderes aber macht die NSA, wenn sie deutsche Regierungsmitglieder von ihren Einrichtungen in den USA aus überwacht. Auch an einem unzulässigen Eingriff in die inneren Angelegenheiten der Bundesrepublik Deutschland fehlt es bei der Fernüberwachung direkt aus dem Ausland, da dieser das erforderliche Element des völkerrechtswidrigen Zwanges fehlt.⁴⁶

VI. Verstoß gegen Menschenrechtsverpflichtungen der USA

Eine Verletzung von Menschenrechtsverpflichtungen der USA durch das Abhören von Personen in Deutschland scheidet ebenfalls aus. Zwar genießt auch die Bundeskanzlerin als Privatpersonen den Schutz des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (Bürgerrechtspakt) von 1966 gegen „willkürliche oder rechtswidrige Eingriffe“

in ihr Privatleben,⁴⁷ doch sind die Vertragsparteien lediglich verpflichtet, den Schutz „allen in [ihrem] Gebiet befindlichen und [ihrer] Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen“ gegenüber zu gewährleisten.⁴⁸ Auch wenn man die Ansicht der USA nicht teilt, dass den Rechten des Bürgerrechtspakts keine extritoriale Wirkung zukommt,⁴⁹ wird man nicht davon ausgehen können, dass deutsche Bundeskanzler oder andere Regierungsmitglieder, wenn sie sich in Deutschland aufhalten, der Herrschaftsgewalt der USA unterstehen. Darüber hinaus wäre die Frage der Willkür und der Rechtswidrigkeit des Eingriffs durch die NSA in jedem Fall am US-amerikanischen und nicht am deutschen Recht zu messen. Die NSA handelt aber nach US-amerikanischen Recht rechtmäßig, wenn sie Spionage im Ausland betreibt,⁵⁰ so wie auch die Auslandsaufklärung des Bundesnachrichtendienstes nach deutschem Recht rechtmäßig ist und zum Beispiel nicht den datenschutzrechtlichen Anforderungen des Bundesdatenschutzgesetzes unterworfen ist.⁵¹ Spione sind bei der heimlichen Informationsbeschaffung im Ausland grundsätzlich nicht an die Rechtsvorschriften ihres Heimatlandes gebunden. Es gilt: BND-Mitarbeiter sind an die *in Deutschland geltenden Gesetze* gebunden, aber nicht an die *deutschen Gesetze*, wenn sie im Ausland tätig sind.⁵²

Die Initiative Deutschlands und Brasiliens, das Recht auf Privatleben im Bürgerrechtspakt von 1966 durch eine Resolution der Generalversammlung der Vereinten

⁴⁷ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) v. 19.12.1966 (BGBl. 1973 II S. 1534), Art. 17. Siehe auch den weitgehend inhaltsgleichen Art. 12 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte v. 10.12.1948. Bei der Erklärung handelt es sich um eine Resolution der VN-Generalversammlung, die als solche nicht bindend ist. Soweit der Erklärung heute völkergewohnheitsrechtliche Geltung zukommt, geht diese nicht über die Verbürgung des Art. 17 IPBPR hinaus.

⁴⁸ Siehe IPBPR, Art. 2 Abs. 1.

⁴⁹ Zur Ansicht der USA siehe z.B. United States Department of State, Office of the Legal Adviser, Digest of United States Practice in International Law 2006, 2007, S. 346-349.

⁵⁰ Siehe National Security Act of 1947, 50 USC Ch. 44; Executive Order 12333 of 4 December 1981: United States Intelligence Activities, as amended, <https://www.fas.org/irp/offdocs/eo/eo-12333-2008.pdf>, und Presidential Policy Directive/PPD-28: Signals Intelligence Activities, 17 January 2014, <https://fas.org/irp/offdocs/ppd/ppd-28.pdf>.

⁵¹ Siehe § 1 Abs. 2 des Gesetzes über den Bundesnachrichtendienst (BND-Gesetz – BNDG) v. 20.12.1990 (BGBl. I S. 2954, 2979), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes v. 20.6.2013 (BGBl. I S. 1602). Das Sammeln von Informationen durch den BND, einschließlich der heimlichen Beschaffung personenbezogener Daten, unterliegt nur dann dem Bundesdatenschutzgesetz, soweit sich das Sammeln der Informationen ‘im Geltungsbereich dieses Gesetzes’, d.h. im Bundesgebiet abspielt. Außerhalb Deutschlands ist der BND weitgehend frei von den Fesseln des deutschen Rechts.

⁵² Vgl. z.B. Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz – G 10) v. 26.6.2011 (BGBl. I S. 1254, 2298), zuletzt geändert durch Art. 2 IV des Gesetzes v. 6.6.2013 (BGBl. I S. 1482). Soweit das Gesetz den BND ausdrücklich ermächtigt, die Telekommunikation zu überwachen und aufzuzeichnen, betrifft dies nur Telekommunikationsanschlüsse im Inland oder Anschlüsse von deutschen Staatsangehörigen im Ausland; vgl. § 5 II G 10. Soweit der BND Anschlüsse von Ausländern im Ausland überwacht und deren Gespräche aufzeichnet, unterliegt er nicht dem G 10.

⁴⁴ Siehe den Text oben bei Fn. 33.

⁴⁵ *European Court of Human Rights (Third Section)*, Weber and Saravia v. Germany, Application No. 54934/00, Decision of 29 June 2006, ECtHR Reports 2006-XI, para. 88.

⁴⁶ Ebenso *Peters*, (Fn. 4). Zum Interventionsverbot allgemein siehe *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Band I/3, 2. Aufl., 2002, S.796-809.

Nationen für das digitale Zeitalter zu ergänzen und fortzuschreiben, um so die Privatsphäre des Einzelnen gegen geheimdienstliche Ausspähhaktionen zu schützen,⁵³ dürfte vor diesem Hintergrund weitgehend ins Leere gehen. Die USA sind zwar seit 1992 an den Pakt gebunden,⁵⁴ doch lassen sich neue völkerrechtliche Verpflichtungen nicht durch rechtlich unverbindliche Resolutionen der VN-Generalversammlung begründen. Die Bedeutung solcher Resolutionen besteht vor allem darin, dass sie als Bestandteil des völkerrechtlichen „soft law“ langfristig zur Herausbildung von Völkergewohnheitsrecht beitragen können. Dies setzt aber voraus, dass sie konkrete Verpflichtungen statuieren und diese die Rechtsüberzeugung der Staaten widerspiegeln. Ein Problem zeigt sich hier bereits bei der rechtswidrigen oder willkürlichen Sammlung personenbezogener Daten, die laut der Resolution das Recht auf Privatsphäre verletzen können. Eine konkrete Verpflichtung scheidet hier bereits daran, dass zum Beispiel bislang keine Einigkeit darüber besteht, ob es sich bei Internet Protocol (IP)-Adressen um „personenbezogene Daten“ handelt.⁵⁵ Auch reicht eine sachliche Ausdehnung des Schutzes der „Privatsphäre“ auf den Online-Bereich allein nicht aus, um den begrenzten territorialen Anwendungsbereich des Paktes zu erweitern.⁵⁶ Dass sich aus der Resolution Nr. 68/167 der VN-Generalversammlung vom 18. Dezember 2013 keinerlei (neuen) rechtlichen Schranken für das extraterritoriale Überwachen und Abfangen von Kommunikation, sowie die Sammlung personenbezogener Daten ergeben, zeigt sich bereits daran, dass diese im Konsensverfahren, d.h. ohne förmliche Abstimmung angenommen wurde, und sich weder die Vereinigten Staaten von Amerika noch andere in der Auslandsspionage aktive Staaten gezwungen sahen, eine formelle Abstimmung über die Resolution herbeizuführen und gegen diese zu stimmen.⁵⁷ Dies ist wenig verwunderlich, da sich die VN-Generalversammlung materiell darauf beschränkte, alle Staaten aufzufordern, „ihre Verfahren, Praktiken und Rechtsvorschriften hinsichtlich der Überwachung von Kommunikation, deren Abfangen

und der Sammlung personenbezogener Daten zu überprüfen [...], mit dem Ziel, das Recht auf Privatheit zu wahren, indem sie die vollständige und wirksame Umsetzung aller ihrer Verpflichtungen nach den internationalen Menschenrechtsnormen sicherstellen“.⁵⁸ Weiter ersuchte die Generalversammlung die Hohe Kommissarin der Vereinten Nationen für Menschenrechte, „einen Bericht über den Schutz und die Förderung des Rechts auf Privatheit im Kontext des innerstaatlichen und extraterritorialen Überwachens und/oder Abfangens von digitaler Kommunikation und Sammeln personenbezogener Daten, namentlich in massivem Umfang, samt Auffassungen und Empfehlungen zur Prüfung durch die Mitgliedstaaten vorzulegen.“⁵⁹ In diesem Ersuchen mag der bleibende praktische Wert der Resolution liegen, sollten sich die Staaten auf der Grundlage dieser Empfehlungen tatsächlich mit der Frage der Grundsätze, Standards und guten Praxis bei der Überwachung der digitalen Kommunikation und deren Auswirkungen auf das Recht der Privatsphäre befassen. Auch in dieser Angelegenheit sollten jedoch keine zu großen Erwartungen geweckt werden, da sich Staaten wie die USA nicht durch VN-Richtlinien in der Auslandsspionage einschränken lassen werden. Dies zeigt sich bereits daran, dass die USA darauf hingewirkt haben, dass in der endgültigen Fassung der Resolution jeder Hinweis darauf, dass das extraterritoriale Überwachen und/oder Abfangen von Kommunikation das Recht auf Privatsphäre verletzt, entfernt wurde. Hatte es im deutsch-brasilianischen Entwurf noch geheißen, dass die Generalversammlung tief besorgt sei „über die *Verletzungen und die Verstöße gegen die Menschenrechte*, die sich aus der Durchführung [...] der extraterritorialen Überwachung von Kommunikation, ihres Abfangens und der Sammlung personenbezogener Daten [...] ergeben können“,⁶⁰ so heißt es in der endgültig angenommenen Resolution nur noch, dass die Generalversammlung tief besorgt sei, „über die *nachteiligen Auswirkungen*, die das [...] extraterritoriale[...] Überwachen[...] und/oder Abfangen[...] von Kommunikation, sowie die Sammlung personenbezogener Daten [...] *auf die Ausübung und den Genuss der Menschenrechte* haben können“.⁶¹ Diese Änderung war für die Vereinigten Staaten wichtig, da diese der Auffassung sind, dass die Verpflichtungen aus dem Bürgerrechtspakt zum Schutz der Privatsphäre auf Ausländer außerhalb des US-Staatsgebiets keine Anwendung finden. Jede Verbindung zwischen extraterritorialen Überwachungsmaßnahmen und dem Recht auf Privatsphäre war deshalb zu vermeiden. Daneben sollen nur die „rechtswidrige oder willkürliche“ Überwachungsmaßnahmen und das „rechtswidrige oder willkürliche“ Sammeln personenbezogener Daten das

⁵³ Siehe ‘Deutschland und Brasilien arbeiten an Resolution zu NSA’, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 28.10.2013, S. 2.

⁵⁴ Die USA sind seit 8.6.1992 an den Pakt gebunden; siehe United Nations, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Chapter IV: Human Rights, <http://treaties.un.org/>.

⁵⁵ Siehe z.B. *Inkster*, (Fn. 6), S. 53.

⁵⁶ Siehe in diesem Zusammenhang auch bereits die Resolution des VN-Menschenrechtsrates v. 19.6.2012, wonach dieselben Rechte, die die Menschen offline haben, auch online geschützt werden müssen; siehe UN Doc. A/HRC/20/L.13 (29 June 2012).

⁵⁷ Die VN-Generalversammlungsresolution Nr. 68/167 wurde am 18.12.2013 ohne Abstimmung angenommen; siehe UN Doc. A/68/PV.70 (18 December 2013), S. 20. Der Dritte Ausschuss der Generalversammlung hatte die Resolution bereits am 26.11.2013 ebenfalls ohne Abstimmung angenommen; siehe UN Doc. A/68/456/Add.2 (10 December 2013), S. 25 und UN Doc. GA/SHC/4094 (26 November 2013). Für die Position der Vereinigten Staaten im Dritten Ausschuss siehe United States Mission to the United Nations, ‘Explanation of Position for the Third Committee Resolution on the Right To Privacy in the Digital Age by Ambassador *Elizabeth Cousens*, U.S. Representative to the UN Economic and Social Council’, 26 November 2013, <http://usun.state.gov/briefing/statements/218078.htm>.

⁵⁸ VN-Generalversammlungsresolution Nr. 68/167, IV c.

⁵⁹ Ebd., Abs. 5.

⁶⁰ Siehe den zehnten Absatz der Erwägungsgründe des deutsch-brasilianischen Resolutionsentwurfs, UN Doc. A/C.3/68/L.45 (7 November 2013).

⁶¹ VN-Generalversammlungsresolution Nr. 68/167, Erwägungsgründe, Abs. 10.

Recht auf Privatsphäre verletzen können.⁶² Was rechtswidrig und willkürlich ist, ergibt sich jedoch aus dem nationalen Recht der jeweiligen Geheimdienste. Auch damit hatten die Vereinigten Staaten also keine Probleme, da nach ihrer Auffassung die Spionagetätigkeit der NSA vom US-Recht gedeckt und sowohl von Gerichten als auch dem Kongress überwacht wird.⁶³

VII. Völkerrecht und Spionage

Auch wenn US-Präsident *Obama* als Folge der weltweiten Empörung über die NSA-Aktivitäten am 17. Januar 2014 erklärt hat, dass er die Führer der Verbündeten der Vereinigten Staaten in Zukunft anrufen wolle, anstatt sie überwachen zu lassen, wenn er wissen wolle, was sie über ein Thema denken, so hat er doch auch klargestellt, dass die US-Geheimdienste auch weiterhin die Kommunikation der Staats- und Regierungschefs auch enger Freunde und Verbündeten wie Deutschland überwachen werden, wenn dies aus zwingenden Gründen nationaler Sicherheit erforderlich sei.⁶⁴ Nachdem Präsident *Obama* das Handy der Bundeskanzlerin grundsätzlich für tabu erklärt hat, soll die NSA nun vermehrt das Umfeld der Kanzlerin, darunter mehrere Bundesminister, abhören.⁶⁵ Das Abhören von Handys, sei es das der Bundeskanzlerin oder anderer Regierungsmitglieder, mag unter „engen Freunden und Verbündeten“ eine unfreundliche und wenig freundschaftliche Handlung sein, völkerrechtswidrig ist sie nicht. Ob das Völkerrecht für die Spionage in Friedenszeiten tatsächlich in Richtung eines Verbotes weiterentwickelt werden sollte, erscheint nicht zuletzt auch im Hinblick auf die eigene Auslandsaufklärung durch den Bundesnachrichtendienst fraglich. Letztendlich gilt in den internationalen Beziehungen noch immer: Du spionierst, ich spioniere, wir alle spionieren!

⁶² Zur US-amerikanischen Strategie den Resolutionstext zu ‘verwässern’ siehe die Verhandlungsanweisungen an die amerikanische VN-Delegation ‘Right to Privacy in the Digital Age – U.S. Redlines’, abgedruckt bei *Lynch*, ‘Exclusive: Inside America’s Plan to Kill Online Privacy Rights Everywhere’, *Foreign Policy*, 20 November 2013, <http://thecable.foreignpolicy.com/>. Siehe auch *MacAskill/Ball*, ‘UN surveillance resolution goes ahead despite attempts to dilute language’, *The Guardian*, 21 November 2013, <http://www.theguardian.com/>.

⁶³ Siehe *Margulies*, ‘The NSA in Global Perspective: Surveillance, Human Rights and International Counter-Terrorism’, *Roger Williams University Legal Studies Papers* No. 144, 23 January 2014, <http://ssrn.com/abstract=2383976>.

⁶⁴ The White House, ‘Remarks by the President on Review of Signals Intelligence’, 17 January 2014, <http://www.whitehouse.gov/>. Siehe auch ebendort die ‘Presidential Policy Directive/PPD-28: Signals Intelligence Activities’ vom gleichen Tag, in der die neuen Richtlinien für die US-Geheimdienstaktivitäten festgelegt werden.

⁶⁵ ‘Nach Erlass von *Barack Obama*: NSA hört Umfeld von *Angela Merkel* ab’, N24 v. 23.2.2014, <http://www.n24.de/>.