

Buchbesprechung/Rezension**Völkerrechtliche Aspekte
nachrichtendienstlicher Tätigkeit:
Am Beispiel der mit dem Ausland
betrauten Dienststellen des
Nachrichtendienstes des Bundes
(NDB)****Tatjana Rothenbühler***Diss. Fribourg 2011, Zürich/St. Gallen 2012, XLI,
205 Seiten, CHF 59.–***Vorbemerkungen**

Der Schweizer Nachrichtendienst stand in den letzten Jahren wiederholt unfreiwillig im Rampenlicht. Unter anderem hat die Geschäftsprüfungsdelegation von National- und Ständerat (GP-Del) im Rahmen ihrer parlamentarischen Aufsichtstätigkeit verschiedene Aspekte nachrichtendienstlicher Tätigkeit thematisiert und kritisch beurteilt. So in ihren Berichten zum elektronischen Überwachungssystem ONYX, zur Aufarbeitung der Schweizer Beziehungen zu Südafrika oder jüngst (ziemlich umfassend sogar) in ihrem Geschäftsbericht für das Jahr 2012. Die Erkenntnisse zeigen unter anderem, dass die auf das Ende des Kalten Krieges zurückreichende Phase der Findung und Feinjustierung der Nachrichtendienste noch nicht vollständig abgeschlossen ist. Auch der im Jahre 2010 eingeleitete Fusionsprozess von Strategischem Nachrichtendienst (SND) und Dienst für Analyse und Prävention des Bundesamts für Polizei (DAP) zum Nachrichtendienst des Bundes (NDB) als Teil des VBS ist offenbar noch nicht ganz vollzogen.

Dem Staatsschutz gebricht es in der Schweiz an einer ausdrücklichen Verfassungsgrundlage (vgl. nun den Bericht des Bundesrates vom 2. März 2012 in Erfüllung des Postulats Malama 10.3045, BBl 2012 S. 4461 ff., insbesondere S. 4581 und These 10, S. 4597). Die Tätigkeit des NDB stützt sich daher primär auf das Nachrichtendienstgesetz (ZNDG, SR 121) sowie das Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS, SR 120) mit dem jeweils zugehörigen Verordnungsrecht. Die Aufgaben des zivilen Nachrichtendienstes umschreibt Art. 1 ZNDG etwas umständlich:

«Der Bundesrat bezeichnet die Dienststellen des Bundes, welche die Aufgaben des zivilen Nachrichtendienstes des Bundes erfüllen. Diese Dienststellen: a. beschaffen sicherheitspolitisch bedeutsame Informationen über das Ausland und werten sie zuhanden der Departemente und des Bundesrates aus; b. nehmen nachrichtendienstliche Aufgaben im Bereich der inneren Sicherheit wahr, soweit sich diese Aufgaben aus den Artikeln 2, 5–13 und 14–17 des Bundesgesetzes vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) ergeben.»

Einen «Geheimdienst» kennt die Eidgenossenschaft zwar weder inhaltlich noch dem Namen nach, doch findet ein Teil der Tätigkeit des NDB ihrer Natur gemäss im Verborgenen und insbesondere ausserhalb juristischer (z.B. Straf-)Verfahren statt. Selbständige juristische Publikationen über den Nachrichtendienst bleiben rar. Es ist daher erfreulich und zu begrüßen, dass sich Tatjana Rothenbühler im Rahmen ihrer Freiburger Dissertation mit Bereichen nachrichtendienstlicher Tätigkeit auseinandergesetzt und diese aus primär völkerrechtlichem Blickwinkel untersucht hat. Der Arbeit geht es zum Vorteil, dass die Autorin ihre Sachkenntnis als Mitarbeiterin des NDB hat einbringen können. Das bereits im Frühlingsemester 2011 als Dissertation angenommene Werk arbeitet die Literatur bis zum Januar 2012 auf.

Allgemeines

Die Darstellung setzt ein bei der Reorganisation der hiesigen Nachrichtendienste nach dem Zweiten Weltkrieg. Damit führt sie gleichsam die Dynamik der Reformbemühungen der letzten Jahrzehnte vor Augen. In sieben Kapiteln erfährt die Leserschaft Allgemeines über den NDB und zum Spannungsverhältnis zwischen nachrichtendienstlicher Tätigkeit und rechtsstaatlichen Erfordernissen. Auch nach der Fusion von DAP und SND ist nachrichtendienstlich zwischen Aktivitäten im Inland (mit den entsprechend strengeren Anforderungen des Schweizer Rechts) und solchen im Ausland (mit v.a. völkerrechtlichen Anforderungen) zu unterscheiden. Die Arbeit konzentriert sich auf Letztere, blendet Ersterer aber erfreulicherweise nicht völlig aus. Dabei erhebt die Autorin keinen Anspruch auf Einbezug sämtlicher Vorgaben des internationalen Rechts.

Zur Erarbeitung der notwendigen Grundlagen setzt sich die Autorin mit der Entstehung des geltenden Nachrichtendienstgesetzes auseinander. Bei den völkerrechtlichen Aspekten stellt sie die UNO-Charta (Gewaltverbot), die Haager Konventionen (IV. Übereinkommen zur Landkriegsordnung) und die EMRK (Grundrechte und allg. Prinzipien des Staatshandelns) ins Zentrum.

Als wichtig für das Verständnis nachrichtendienstlicher Tätigkeit, aber auch für ihr Werk, erweisen sich die einleitenden Begriffsklärungen Rothenbühlers (Geheimdienst / Nachrichtendienst; Innere Sicherheit / Äussere Sicherheit; Abgrenzung nachrichtendienstliche / polizeiliche oder gerichtspolizeiliche Tätigkeit). Die Autorin unterscheidet konsequent zwischen den verschiedenen Arten nachrichtendienstlicher Informationsgewinnung. In der Praxis treffen unterschiedliche technische Möglichkeiten, nachrichtendienstliche Bedürfnisse und rechtliche Rahmenbedingungen aufeinander. Eine eigene Darstellung der nachrichtendienstlichen Informationsgewinnung verdeutlicht die Möglichkeiten (S. 110).

Verschwimmende Grenzen

In der Praxis stossen jedoch sowohl die Trennung zwischen innerer und äusserer Sicherheit als auch die Ab-

grenzung zwischen nachrichtendienstlicher Tätigkeit und Strafverfolgung an ihre Grenzen. Rothenbühler erwähnt das «Verschwimmen» der Grenze zwischen Nachrichtendienst und Strafverfolgung. Eine gezielte Trennung von nachrichtendienstlichen und Strafverfolgungstätigkeiten wäre eigentlich angebracht. Die gegenwärtige Rechtslage führe aufgrund des Beweisverwertungsverbots dazu, dass die Zurverfügungstellung nachrichtendienstlich erhobener Daten an Strafverfolgungsbehörden eigentlich einen Missbrauch im Sinne des Datenschutzgesetzes darstellte. Vor dem Hintergrund der Schaffung des ZNDG und der zugehörigen Verordnungen solle die Trennung zwischen polizeilicher oder gerichtspolizeilicher Tätigkeit und Massnahmen zur Entscheidungsfindung der sicherheitspolitischen Führung aber offenbar aufgehoben werden (S. 44). Aufhorchen lässt auch die Aussage, dass die Trennung zwischen innerer und äusserer Sicherheit mit der Fusion zum NDB für diesen praktisch aufgehoben worden sei – wobei jedoch die Trennung der Beschaffung von Informationen über die innere und äussere Sicherheit bestehen bleibt (S. 22).

Umgang mit ausländischen Diensten

Bedeutsam für eine erfolgreiche nachrichtendienstliche Tätigkeit gerade bei Aussenbezügen ist die Zusammenarbeit mit ausländischen Partnerdiensten. Rothenbühler untersucht den völkerrechtlichen Charakter von Absprachen des NDB mit seinen ausländischen Partnern, welche formlos stattfinden. Mangels Bindewirkung handle es sich nicht um völkerrechtliche Verträge, und die Absprachen des NDB seien auch nicht notwendigerweise dem Bundesrat zur Genehmigung vorzulegen (S. 47). Die Nachrichtenbeschaffung richtet sich für die Schweizer Dienste auch beim Austausch mit ausländischen Diensten grundsätzlich (die Autorin weist aber auf Ausnahmen in der Praxis hin) nach den Voraussetzungen des nationalen Rechts. Die geltenden Rechtsgrundlagen dürfen nicht durch Kooperationen mit Partnerdiensten umgangen werden. Indes stellen sich heikle praktische Fragen, da Partnerdienste ihre Quellen und Nachrichtenbeschaffungsmethoden schützen.

Doch nicht immer kooperieren die Dienste miteinander. Statistische Daten zur (verbotenen) Tätigkeit fremder Nachrichtendienste in der Schweiz werden in den Berichten der Bundesbehörden nicht mehr nachgeführt. In der Praxis findet gemäss Rothenbühler bei Enttarnung unzulässiger Tätigkeiten ausländischer Dienste oftmals eine Abwägung der internationalen politischen Interessen der Schweiz gegenüber ihren Sicherheitsinteressen statt – so wäre es teilweise sogar möglich, dass Angehörige ausländischer Dienste bei internationalen Verhandlungen anwesend sind.

Völkerrechtliche Friedenspflicht

Die Anschläge in New York und Washington vom 11. September 2001 bilden gemäss der Autorin für die Nachrichtendienste eine Zäsur. Sie arbeitet die Entwicklung der völkerrechtlichen Lehre und Praxis seither auf,

wobei sie ein Schwergewicht auf die (nicht ganz einfach zu beantwortete) Frage der völkerrechtlichen Zuordnung von Handlungen Privater legt. Für den NDB ist von Bedeutung, ob und inwiefern die völkerrechtliche Friedenspflicht einem nachrichtendienstlichen Handeln gegen das Ausland oder im Ausland entgegensteht. Nachrichtendienstliche Informationsbeschaffung wird grundsätzlich nicht unter den Begriff militärischer Gewalt subsumiert. Es kann hingegen vom verwendeten Sensor abhängen, ob eine Informationsbeschaffung als Anwendung von Waffengewalt resp. kriegsähnliche Handlung zu beurteilen ist. Die Grenze würde für die Autorin etwa dann überschritten, wenn Nachrichten- und Geheimdienste die Aufgabe erhielten, Massenvernichtungswaffen zu zerstören (S. 94). «Nachrichtendienstliche Tätigkeit beinhaltet eben nicht die Verteidigung gegenüber nicht unmittelbar bevorstehenden oder nicht beweisbaren Bedrohungen, sondern dient der Prävention von vielfältigen Gefahren, indem diese frühzeitig erkannt werden» (S. 95).

Respektierung der Grundrechte

Im Anschluss an die Diskussion der völkerrechtlichen Grundsätze setzt Rothenbühler die Schweizer Verfassungsdiskussion fort. Der Staatsschutz ist Teil der Staatsleitungstätigkeit und findet mit seiner präventiven Funktion bereits und notwendigerweise in der ordentlichen Lage statt. Im Sinne völkerrechtlicher Begründungs- und Nachweispflichten können nachrichtendienstliche Tätigkeiten geradezu geboten sein (S. 103). Schranken für die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten bilden völkerrechtlich insbesondere die Grundrechte der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101). Die Autorin stellt jeweils einleitend die wichtigsten Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) kurz vor und folgt anschliessend für den jeweilig behandelten Sachbereich dem Prüfschema des Gerichtshofs. Gleichsam zeigt sie auf, welche nachrichtendienstliche Mittel verwendet werden können und über welche Instrumente der NDB verfügt, oder zu deren Verwendung er legitimiert sei. Grundrechtlich stehen Eingriffe in das Recht auf Privatleben, in das Recht auf Achtung der Wohnung sowie in das Recht auf Achtung des Briefverkehrs im Mittelpunkt. Auch geheime staatliche Massnahmen können nur auf einer gesetzlichen Grundlage gerechtfertigt werden. An die entsprechenden Normen stellt die Praxis des EGMR besonders hohe Anforderungen bezüglich deren hinreichenden Bestimmtheit und der Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns für Rechtsunterworfenen. Zudem müssen Massnahmen ein legitimes Ziel verfolgen (z.B. den Schutz der nationalen Sicherheit) und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und verhältnismässig sein. Laut Rothenbühler erweist sich die Beurteilung von Verhältnismässigkeitsfragen als besonders heikel.

Insbesondere HUMINT und COMINT

Hinsichtlich der nachrichtendienstlichen Mittel legt die Arbeit ein Schwergewicht auf Human Intelligence (HUMINT; Informationsgewinnung mit menschlichen Quellen) und Communications Intelligence (COMINT; Fernmeldeaufklärung). Bei HUMINT wird die Unterscheidung zwischen Tätigkeiten im Inland und solchen im Ausland besonders virulent, denn die Nachrichtendienstverordnung (V-NDB, SR 121.1) lässt HUMINT nur im Ausland zu. Die Autorin wendet ein, dass es sich dabei um Informationsbeschaffung handeln muss, welche zur Nachrichtenbeschaffung *über* das Ausland dient (unabhängig des Ortes). Tätigkeiten des NDB *im* Ausland müssen die Schutzbestimmungen der EMRK insoweit respektieren, als damit (Schweizer) Hoheitsgewalt ausgeübt wird. Rothenbühler postuliert bei Überprüfung der Eingriffsstärke ein Abstellen auf jede einzelne nachrichtendienstliche Massnahme.

Das Vortäuschen einer falschen Identität oder das Einschleusen eines verdeckten Ermittlers (nachrichtendienstlich als Teil von HUMINT) stelle nicht per se einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte Dritter dar. Die Autorin verlangt bezüglich der Intensität einer solchen Handlung (m.H. auf die deutsche Literatur) den Einbezug eines zeitlichen Kriteriums und nimmt einen Eingriff in Grundrechte nur dann an, wenn «langfristig eine aktive Informationsquelle» geschaffen wird oder «mit Hilfe von List und Täuschung gezielt eine Vertrauensbeziehung zur beobachteten Person [aufgebaut wird], um Zugang zu Informationen zu erhalten, die dem Staat sonst verborgen geblieben wären» (S. 142). Bei Observationen komme es darauf an, ob der Observierte «in einer Sphäre tangiert wird, über welche er die Kontrolle hat und in der er nicht mit staatlichen Massnahmen rechnen muss». Ein grundrechtlicher Eingriff liege aber erst bei systematischer Observation im fraglichen Bereich vor.

Die gesetzlichen Grundlagen (welche unter anderem zur Rechtfertigung von Eingriffen in Grundrechte notwendig sind) für HUMINT im Inland wie im Ausland (Art. 1 Bst. a ZNDG und Art. 2 Abs. 1 Bst. a V-NDB) sind zu allgemein und erfüllen das Kriterium der Vorhersehbarkeit im Sinne der Rechtsprechung des EGMR nicht. Die Autorin erachtet es aber als heikel, die Voraussetzungen für HUMINT präzise zu definieren, um das Instrument «nicht ins Leere laufen» zu lassen (S. 144). Kritisch wird hingegen das Fehlen von Kontrollmechanismen beurteilt. Ohne solche lässt sich nicht überprüfen, ob eine Massnahme in einer demokratischen Gesellschaft überhaupt notwendig ist. Die geltenden Rechtsgrundlagen halten in diesem Punkt den Anforderungen von Art. 8 Ziff. 2 EMKR nicht stand (S. 145). Wie eine – wirksame – Kontrolle aussehen könnte, bleibt indes offen.

Im Bereich COMINT verfügt die Schweiz über das seit 2001 operationelle ONYX-System zum Empfang elektronischer Daten (diesbezüglich ist die nachrichtendienstliche Nutzung des Systems zu unterscheiden von der Telefonüberwachung der Strafverfolgungsbehör-

den nach BÜPF, SR 7801). Aufträge zur Funkaufklärung dürfen ausschliesslich zur Gewinnung von sicherheitspolitisch relevanten Informationen erteilt und ausgeführt werden. Im nachrichtendienstlichen Bereich stützt sich Kommunikationsabhörungen im Inland auf die polizeiliche Generalklausel. Es ist Rothenbühler beizupflichten, wenn sie ein Abstellen auf das bloss bei nicht vorhersehbaren, ernsten und unmittelbaren Gefahren zulässige Instrument – insbesondere angesichts der «heutigen gesetzlichen Vorgaben zur Durchbrechung des Fernmeldegeheimnisses» – als schwierig beurteilt (S. 152). Für eine Kommunikationsabhörung «im Ausland» finden sich die gesetzlichen Grundlagen im ZNDG sowie auf Verordnungsstufe. Vereinzelt genügen die Rechtsgrundlagen in der Schweiz den Anforderungen der EMRK nicht (m.H. der Autorin auf einen Bericht der GP-Del; auch würden die gesetzlichen Grundlagen zu COMINT der Rechtsprechung des EGMR punkto Voraussehbarkeit teilweise nicht genügen). Rothenbühler legt dar, warum es sich bei COMINT mit ONYX um Schweizer Hoheitsakte auf Schweizer Staatsgebiet handelt – obwohl ein Teil der Überwachung im Ausland stattfindet (S. 156). Hellhörig macht der Hinweis, dass auch bei Funkaufklärung (ähnlich wie bei Strafuntersuchungen) nach der Strassburger Rechtsprechung eine nachträgliche Mitteilung der Massnahmen an die Betroffenen zu erfolgen hat – es sei denn, der Zweck der Überwachung würde beeinträchtigt.

Staatliche Verantwortlichkeit

Zum Schluss widmet sich Rothenbühler der staatlichen Verantwortlichkeit für nachrichtendienstliches Handeln. Nachrichtendienstliche Informationsoperationen geringer Intensität («einfache nachrichtendienstliche Informationsoperationen», S. 177) verletzen gemäss der Autorin das völkerrechtliche Interventionsverbot nicht oder nur selten, da dadurch kein Zwang ausgeübt werde. Gegen das Interventionsverbot würden aber insbesondere Zwangsmassnahmen wie Verhaftungen, Beschlagnahme oder Durchsuchungen verstossen. Ebenfalls verletze eine Informationsbeschaffung die staatliche Souveränität, wenn dadurch verheerende Folgen für den anderen Staat angerichtet werden können. Das Vorliegen einer Staatenverantwortlichkeit wegen Verletzung der EMRK wird zwar im Grunde bejaht, aber das Erheben von Beschwerden als wenig wahrscheinlich beurteilt.

Kritik

Auch eine nachrichtendienstliche Tätigkeit bildet staatliches, an das Recht gebundenes Handeln – Tatjana Rothenbühler betont dies in ihrer Arbeit zu Recht. Insbesondere ihre Zwischenergebnisse in der zweiten Hälfte des Werkes sind lesenswert und eröffnen einen durchaus auch kritischen Blick auf die untersuchte Materie. Die Autorin schliesst mit einer übersichtlichen Zusammenfassung der 21 wichtigsten Erkenntnisse sowie einem kurzen Ausblick.

Das Werk verzichtet auf eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Sinn und Zweck eines zivilen Nachrichtendienstes (den es gibt!), respektive der Bedeutung nachrichtendienstlicher Tätigkeit an sich für die Staatsleitungstätigkeit. Vielleicht war dies bewusst nicht Teil der «Übungsanlage», doch hätte zumindest der Rezensent sich auch für eine Auseinandersetzung etwa mit den verfassungsrechtlichen Grundlagen nachrichtendienstlicher Tätigkeit (auch mit Auslandsbezug) interessiert. Denn «(m)angels einer ausdrücklichen Grundlage in der Verfassung liegt hinsichtlich der Tragweite und des Umfangs der Bundeskompetenz im Bereich des Staatsschutzes vieles im Ungewissen» (Bericht Malama, S. 4581).

Trotzdem bleibt die Dissertation für die Juristin und den Juristen, aber auch für sonstige am Nachrichtendienst interessierte Personen ein interessantes Werk. Das ZNDG ist nur ein Rahmengesetz mit wenig materiellem Gehalt – es ist der Autorin daher beizupflichten, wenn sie eine Reform der gesetzlichen Grundlagen des NDB begrüsst. Ihre Aufarbeitung der Rechtsgrundlagen des NDB auf Gesetzes- und Verordnungsstufe zeigt, welches materielle Gewicht die Verordnungsstufe noch immer genießt. Rothenbühler versteht es zudem, der Leserschaft (rechtsstaatliche) Problemlagen im nachrichtendienstlichen Bereich darzulegen. Ihre Antworten nehmen die geltende Rechtsprechung (insbesondere des EGMR) sowie bestehende Kritik (insbesondere der GP-Del) auf.

Es bleibt zu hoffen, dass die juristischen Denkanstösse bei den laufenden Gesetzesnovellen (vorab des ZNDG, aber auch des in Dauerreform befindlichen BWIS) Berücksichtigung finden. Gerade im Bereich nachrichtendienstlicher Tätigkeit bedarf es einer besonders präzisen Umschreibung von Zuständigkeiten sowie einer Klärung der Mittel und Schranken der Aufgabenerfüllung auf der dafür vorgesehenen Normstufe.

Reto Müller

Dr. iur., Universität St. Gallen / www.recht-sicherheit.ch