Recht der Informationsgesellschaft 53

Michael Welnhofer

Cyberspionage im Völkerrecht

Zwischenstaatliche Rechtsbeziehungen
und Menschenrechtsschutz

Nomos

Recht der Informationsgesellschaft

herausgegeben von

Prof. Dr. Jörg Fritzsche, Universität Regensburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht
Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M., Universität Regensburg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und Informationsrecht
Prof. Dr. Gerrit Manssen, Universität Regensburg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere deutsches und europäisches Verwaltungsrecht
Prof. Dr. Robert Uerpmann-Wittzack, Maître en droit, Universität Regensburg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht

Band 53

Michael Welnhofer

Cyberspionage im Völkerrecht

Zwischenstaatliche Rechtsbeziehungen und Menschenrechtsschutz

Nomos

Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2024

ISBN 978-3-7560-1675-4 (Print)
ISBN 978-3-7489-4372-3 (ePDF)

Die Bände 1 bis 33 sind im Lit-Verlag erschienen.

1. Auflage 2024

Meiner Ehefrau Merve

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2023/2024 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Größter Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Robert Uerpmann-Wittzack, der mir auch in schwierigen Phasen während des gesamten Promotionsvorhabens mit fachlichem Rat und menschlichem Verständnis zu Seite stand. Herzlich danken möchte ich daneben Herrn Prof. Dr. Jürgen Kühling für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie die Aufnahme meiner Arbeit in die Schriftenreihe „Recht der Informationsgesellschaft", für die ich ebenso allen weiteren Mitherausgebern Dank sagen darf.

Cyberspionage hat mit den Enthüllungen Edward Snowdens im Jahr 2013 medial, politisch und rechtswissenschaftlich Beachtung gefunden. Sie ist ein weit verbreitetes Phänomen und gefestigte Staatenpraxis. Eine rechtliche Bestandsaufnahme zeigt, dass sich im Recht der internationalen Beziehungen auch unter dem Eindruck der Snowden-Veröffentlichungen bisher kaum limitierende Normen entwickelt haben. Während das humanitäre Völkerrecht entsprechende Formen der Informationsbeschaffung zulässt, sind im Friedensvölkerrecht keine und in Sondermaterien, etwa dem Diplomaten- und Konsularrecht, nur vereinzelt einschlägige Verbotsnormen nachzuweisen. Im Anwendungsbereich menschenrechtlicher Verträge können durch Cyberspionage Garantien des Privatlebens und der Pressefreiheit berührt sein. Obwohl mittlerweile ein alltägliches Szenario, ist nach wie vor umstritten, inwieweit niederschwellige Cyberoperationen auf fremdem Hoheitsgebiet eine extraterritoriale Anwendung von Menschenrechten begründen. Im Zentrum dieser menschenrechtlich unbefriedigenden Kontroverse steht ein vor allem in der Rechtsprechung territorial verstandener Jurisdiktionsbegriff. Rechtswissenschaftlich beantwortet scheinende Fragen zum Verhältnis von Spionage und Gebietsausschließlichkeit lassen sich für diese Diskussion nutzbar machen und weisen einen möglichen Lösungsweg. Durch ihre erheblichen Eingriffspotenziale wirft Cyberspionage daneben komplexe Fragen der Verhältnismäßigkeit auf. Im regionalen Rechtsraum der EMRK hat der EGMR für Formen staatlicher Massenüberwachung mit den Entscheidungen *Big Brother Watch* und *Centrum För Rättvisa* grundlegende Rahmenbedingungen definiert, die trotz verbleiben-

der Fragen die rechtliche Bewertung künftiger Bezugsfälle maßgeblich prägen dürften. Obschon sich bislang keine mit dem Fallrecht des EGMR vergleichbare Dogmatik herausgebildet hat, ist eine parallele Fortentwicklung des Rechtsstandes auch in Bezug auf den globalen IPbpR feststellbar.

Besonderer Dank gilt schließlich meiner Familie, die mir die Verwirklichung dieses Promotionsvorhabens erst ermöglicht hat, insbesondere meinen Eltern und meiner Schwester für ihre großzügige Förderung, ihre beständige Geduld und ihr kritisches Lektorat, sowie meiner Ehefrau Dr. Merve Welnhofer, die mir im zuweilen beschwerlichen Verlauf der Arbeit stets liebevoller Rückhalt war. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Regensburg im Januar 2024 *Michael Welnhofer*

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ACLU	American Civil Liberties Union
A. F. L. Rev.	Air Force Law Review
AJIL	American Journal of International Law
Am. U. Int'l L. Rev.	American University International Law Review
AMRK	Amerikanische Menschenrechtskonvention
AnwBl	Anwaltsblatt
APT	Advanced persistent threat
ARPANET	Advanced research projects agency net
Art.	Artikel
AVR	Archiv des Völkerrechts
BayLfV	Bayerisches Landesamt für Verfassungsschutz
BfV	Bundesamt für Verfassungsschutz
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMI	Bundesministerium des Innern und für Heimat
BMVg	Bundesministerium der Verteidigung
BND	Bundesnachrichtendienst
BNDG	Gesetz über den Bundesnachrichtendienst
BRJ	Bonner Rechtsjournal
BRUSA	British-U.S. Communications Intelligence Agreement; Vorläufer des UKUSA-Agreements
BUILJ	Boston University International Law Journal
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfSchG	Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz

BR	Bayerischer Rundfunk
BYIL	The British Year Book of International Law
Can. J. L. & Tech.	Canadian Journal of Law and Technology
Canterbury L. Rev.	Canterbury Law Review
CBS	Columbia Broadcasting System
CCC	Convention on Cybercrime
CCDCOE	Cooperative Cyber Defense Centre of Excellence
CIA	Central Intelligence Agency
CNA	Computer Network Attack; Maßnahme zur schädigenden Einwirkung auf fremde Computersysteme
CND	Computer Network Defense; Maßnahme zur Verteidigung vor unbefugten Zugriffen auf eigene Computersysteme
CNE	Computer Network Exploitation; Maßnahme zur Infiltration eines fremden Computersystems, die ausschließlich der Informationsgewinnung dient
CNO	Computer Network Operation; Sammelbegriff für CNA, CND und CNE
CO	Concluding Observations
COMINT	Communications Intelligence
COMLCON	CommLaw Conspectus
CSIS	Center for Strategic and International Studies
CSP	Communication Service Provider
CVN	Charta der Vereinten Nationen
Denv. J. Int'l L. & Pol'y	Denver Journal of International Law and Policy
Ders.	Derselbe
DNI	Director of National Intelligence/Digital network intelligence; nachrichtendienstliche Informationsgewinnung aus Computernetzen
DNR	Dialed number recognition; nachrichtendienstliche Informationsgewinnung aus Telefonie
DOD	United States Department of Defense
DOJ	United States Department of Justice
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EHRLR	European Human Rights Law Review

EJIL	The European Journal of International Law
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
ELINT	Electronics Intelligence
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ENISA	European Network and Information Security Agency
EP	Europäisches Parlament
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EUnet	Regionales, europäisches Computernetz
f./ff.	folgend/fortfolgend
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FBI	Federal Bureau of Investigation
FISA	Foreign Intelligence Surveillance Act
FISC	United States Foreign Intelligence Surveillance Court
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FP	Fakultativprotokoll
FS	Festschrift
FVEY	Five Eyes; inoffizielle Bezeichnung der fünf UKUSA-Bündnispartner
G 10	Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz - G 10)
GA	Genfer Abkommen
GC	General Convention
GCHQ	Government Communications Headquarters
Geo. J. Int'l L.	Georgetown Journal of International Law
GG	Grundgesetz
GK	Große Kammer
Harv. Int'l L. J.	Harvard International Law Journal
HLKO	Haager Landkriegsordnung
HRLJ	Human Rights Law Journal
HRLR	Human Rights Law Review
Hrsg.	Herausgeber
HUMINT	Human Intelligence

ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
ICJ	International Court of Justice
IGH	Internationaler Gerichtshof
IGStH	Internationaler Strafgerichtshof
IJIL	Indian Journal of International Law
ILC	International Law Commission
ILO	International Labour Organization
IMINT	Imagery Intelligence
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IPT	Investigatory Powers Tribunal
IT	Informationstechnologie
ITU	International Telecommunication Union
i.V.m.	in Verbindung mit
JRP	Journal für Rechtspolitik
JUNET	Regionales, japanisches Computernetz
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
lit.	litera
LJIL	Leiden Journal of International Law
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MAD	Militärischer Abschirmdienst
MADG	Gesetz über den Militärischen Abschirmdienst
Melb. J. Int'l L.	Melbourne Journal of International Law
MERCOSUR	Mercado Común del Sur/Mercado Commun do Sul
Mich. J. Int'l L	Michigan Journal of International Law
MMR	Multimedia und Recht
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law
MRA	Menschenrechtsausschuss
Nat'l Security L. & Pol'y	Journal of National Security Law & Policy
NATO	North Atlantic Treaty Organization

NCSC	National Cyber Security Centre
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NSA	National Security Agency
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZWehrr	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
NZZ	Neue Züricher Zeitung
OHCHR	Office of the High Comissioner of Human Rights
OSINT	Open Source Intelligence
PCA	Permanent Court of Arbitration (Ständiger Schiedshof)
PCIJ	Permanent Court of International Justice
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RIAA	Reports of International Arbitral Awards
RIPA	Regulation of Investigatory Powers Act
Rn.	Randnummer
RUDH	Revue Universelle des Droits de L'homme
S.	Seite/Siehe
SAC	Specialized Agencies Convention
SCS	Special Collection Service
SEV	Sammlung Europäischer Verträge/Sammlung der Europaratsverträge
SIGINT	Signals Intelligence
Sog.	So genannte/r/s
SRÜ	Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen
StGB	Strafgesetzbuch
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
SWIFT	Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication
TAO	Tailored Access Operations
TRNZ	Türkische Republik Nordzypern
u.	und
u.a.	und andere
U. Toronto L. J.	University of Toronto Law Journal

UKUSA	U.K.-U.S. Communications Intelligence Agreement
UN	United Nations
UNTS	United Nations Treaty Series
Va. J. Int'l. L.	Virginia Journal of International Law
VerfO	Verfahrensordnung
VN	Vereinte Nationen
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WLAN	Wireless local area network
WMO	World Meteorological Organization
WÜD	Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen
WÜK	Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
WVR	Wörterbuch des Völkerrechts
Z.	Zeile/Ziffer
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZP	Zusatzprotokoll
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einführung

Intelligence work has one moral law – it is justified by results.[1]

Interne Schätzungen gehen davon aus, dass *Edward Snowden* im Vorfeld seiner Enthüllungen aus dem Jahr 2013 etwa 1,7 Millionen als geheim eingestufter Dokumente aus amtlicher Verwahrung entnommen hat.[2] Schon die schiere Datenmenge erstaunt, doch auch inhaltlich sind seine damaligen Veröffentlichungen bemerkenswert. Wurden nachrichtendienstliche Vorgänge in der Vergangenheit bekannt, waren dies meist Einzelfälle wie der fehlgeschlagene U2-Überflug[3] oder die Versenkung des *Greenpeace*-Schiffs *Rainbow Warrior*[4]. Die *Snowden*-Veröffentlichungen betrafen dagegen nicht nur singuläre Operationen, sondern legten umfassend nachrichtendienstliche Strategien globaler Datenabschöpfung und Kommunikationsüberwachung offen. Diese Veröffentlichungen waren, wie die NSA selbst einräumt,[5] daher von erheblicher Tragweite und wirken bis heute nach.

In der völkerrechtlichen Diskussion dieser und verwandter Themen sind nach wie vor viele Fragestellungen offen, etwa der Umfang staatlicher Souveränität oder menschenrechtlicher Garantien im Kontext von Cyberoperationen. Einen repräsentativen und praktisch einflussreichen[6] Überblick vermittelt das 2017 von einem internationalen Expertengremium des *NATO Cooperative Cyber Defense Centre of Excellence* (CCDCOE) erarbeitete *Tallinn Manual 2.0*,[7] ein Kompendium unter den Verfassern abgestimmter Beiträge (so genannte *black letter rules*) zur völkerrechtlichen

1 Zitat des Erzählers aus *John Le Carré*, The spy who came in from the cold (1963), Kapitel 2 (S. 8). Dass diese Aussage nicht nur eine Zuspitzung der Belletristik ist, zeigt ein Blick in das ältere völkerrechtliche Schrifttum. Bereits 1905 notiert *Oppenheim* zur Entsendung von Spionen: (…) *it is neither morally nor politically and legally considered wrong to send spies*; *Oppenheim*, International Law, Band I, S. 491.

2 New York Times, Artikel vom 28.02.2014 (online).

3 *Wright*, AJIL 1960, S. 836 ff. (836).

4 Greenpeace, Das Attentat auf die Rainbow Warrior (online).

5 CBS News, *60 Minutes* vom 15.12.2013 (online).

6 *Lahmann*, in: Hornung/Schallbruch, IT-Sicherheitsrecht, S. 114, Rn. 13.

7 Das *Tallin Manual 2.0* ist die Fortschreibung der aus dem Jahr 2013 stammenden Erstauflage, die sich im Schwerpunkt mit Fragestellungen der Cyberkriegsführung mit Mitteln der Gewalt und Fragen des bewaffneten Konflikts beschäftigte; die Neuauflage

Einordnung von Cyberoperationen.[8] Eine weitere Neuauflage des Formats ist gegenwärtig in Arbeit,[9] woran seine unverminderte Aktualität abzulesen ist. Daneben hat die Große Kammer des EGMR mit der 2021 ergangenen Entscheidung *Big Brother Watch* auf dem Boden der *Snowden*-Veröffentlichungen eine Grundsatzentscheidung zur nachrichtendienstlichen Massenüberwachung getroffen.[10] Auch darüber hinaus bleibt die staatliche Ausforschung von Computersystemen Gegenstand konventionsrechtlicher Auseinandersetzungen. Mit Entscheidung vom selben Tag befasste sich der EGMR mit einem schwedischen Massenüberwachungsprogramm.[11] 2022 folgte eine Entscheidung zum Überwachungsregime Bulgariens.[12] Über eine 2017 erhobene Individualbeschwerde gegen deutsche Regelungen und Maßnahmen zur Telekommunikationsüberwachung hat der EGMR bisher noch nicht entschieden.[13] Weitere einschlägige Verfahren sind anhängig.[14]

Die Verbreitung digitaler Computersysteme und die Entwicklung des Internets haben die nachrichtendienstliche Arbeit spürbar verändert. Im Zuge globaler Vernetzung entwickelten sich in den vergangenen Jahrzehnten grenzüberschreitende Datenströme. Dies versetzt Nachrichtendienste heute in die Lage, ortsunabhängig und in hohem Umfang auf elektronische Daten zuzugreifen. Die vorliegende Arbeit setzt sich mit der hierdurch aufgeworfenen Frage auseinander, inwiefern das Völkerrecht nachrichtendienstliche Maßnahmen zur Abschöpfung elektronischer Daten regelt und inwieweit derartige Formen staatlicher Informationsgewinnung, im Folgenden als Cyberspionage bezeichnet, völkerrechtlich zulässig sind.

Im Einzelnen gliedert sich die Arbeit wie folgt: In Teil 1 werden für den Untersuchungsgegenstand wesentliche Begriffe definiert. Teil 2[15] skizziert technische und praktische Rahmenbedingungen, unter denen Cyberspionage stattfindet, einschließlich konkreter Bezugsfälle. Sie bilden die tatsäch-

---

bezieht auch Bestimmungen des Friedensvölkerrechts ein; *Schmitt*, Tallin Manual 2.0, S. 1 ff.

8 *Schmitt*, Tallin Manual 2.0, S. I.

9 https://ccdcoe.org/news/2020/ccdcoe-to-host-the-tallinn-manual-3-0-process/; letzter Zugriff am 24.01.2023.

10 EGMR, 25.05.2021 (GK), Big Brother Watch u.a. v. Vereinigtes Königreich, Nr. 58170/13 u.a.

11 EGMR, 25.05.2021 (GK), Centrum För Rättvisa u.a. v. Schweden, Nr. 35252/08.

12 EGMR, 11.01.2022, Ekimdzhiev v. Bulgarien, Nr. 70078/12.

13 EGMR, 11.01.2021, Reporters without borders u.a. v. Deutschland, Nr. 81993/17 u.a.

14 Beispielhaft: EGMR, 27.09.2022, Pietrzak v. Polen, Nr. 72038/17; EGMR, 08.12.2021, A.L. v. Frankreich, Nr. 44715/20 u.a.

15 Technische Rahmenbedingungen und Bezugsfälle; Fallgruppen, S. 45 ff.

liche Grundlage einer völkerrechtlichen Untersuchung in den anschließenden Teilen 3[16] und 4[17]. Primärer Prüfungsmaßstab sind zwischenstaatliche Rechtsbeziehungen und Menschenrechte.

16 Cyberspionage in zwischenstaatlichen Rechtsbeziehungen, S. 65 ff.
17 Cyberspionage und Menschenrechtsschutz, S. 151 ff.

Teil 1: Begriffe und Untersuchungsgegenstand

Einer rechtswissenschaftlichen Bewertung vorausgehen muss die Bestimmung für den Untersuchungsgegenstand wesentlicher Begriffe, sofern nicht auf allgemeinverbindliche Definitionen zurückgegriffen werden kann. Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit sind Erscheinungsformen nachrichtendienstlicher Informationsgewinnung, die mit computertechnischen Mitteln durchgeführt werden und auf die Ausspähung von Computern und Computernetzwerken zielen. Eine international einheitliche Terminologie besteht hierfür nicht. Ein im allgemeinen Sprachgebrauch verbreiteter Begriff zur Beschreibung dieses Phänomens ist Cyberspionage.[18] In Ermangelung rechtsverbindlicher Terminologie soll er die begriffliche Grundlage dieser Arbeit bilden. Zum einen finden sich hierfür Anknüpfungspunkte im Völkerrecht (dazu in den nachfolgenden Kapiteln 1 und 3[19]), zum anderen vermittelt der Begriff Cyberspionage eine intuitive Vorstellung vom umschriebenen Sachverhalt und erleichtert dadurch den gedanklichen Zugang zum Untersuchungsgegenstand.

Kapitel 1: Der Spionagebegriff im Völkerrecht

Ausgangspunkt einer völkerrechtlichen Spionagedefinition sind die Rechtsquellen des Völkerrechts. Art. 38 Abs. 1 des *Statuts des Internationalen Gerichtshofs vom 26. Juni 1945*[20] (IGH-Statut) ist seinem Wortlaut nach allein an den IGH adressiert, enthält jedoch nach allgemeiner Auffassung eine anerkannte Aufzählung völkerrechtlicher Rechtsquellen.[21] Als Völkerrechtsquellen gelten danach völkerrechtliche Verträge, Völkergewohnheitsrecht sowie allgemeine Rechtsgrundsätze (Art. 38 Abs. 1 lit. a bis c IGH-Statut). Rechtsprechung und Lehrmeinungen stellen nach Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-

18 BMI, Spionage und Sabotage durch Cyber-Angriffe (online); Spiegel Online, Artikel vom 13.04.2015 (online); Washington Post, Artikel vom 28.10.2014 (online); Le Monde, Artikel vom 06.10.2014 (online).

19 *Cyber* und begriffliche Ableitungen, S. 42 ff.

20 BGBl. 1973 II S. 505.

21 *Heintschel von Heinegg*, in: Ipsen, Völkerrecht, S. 454, Rn. 3; *Klabbers*, Inernational Law, S. 24 ff.; *Kokott/Doehring/Buergenthal*, Grundzüge des Völkerrechts, S. 22, Rn. 48.

Statut subsidiäre Rechtserkenntnisquellen dar. Sie dienen der Feststellung völkerrechtlicher Normen, können demnach aber nicht selbst Völkerrecht schaffen.

A. Begriffliche Anhaltspunkte im humanitären Völkerrecht

I. Haager Landkriegsordnung

Eine allgemeine Spionagedefinition hat sich im Völkerrecht bisher nicht herausgebildet.[22] Anhaltspunkte für ein staatenübergreifendes Begriffsverständnis finden sich zunächst in Art. 29 bis 31 der Anlage zum *Abkommen, betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs vom 18. Oktober 1907*[23] (Haager Landkriegsordnung – HLKO). Die HLKO enthält eine vertragliche Kodifikation weltweit geltenden Völkergewohnheitsrechts.[24]

In Art. 29 Abs. 1 HLKO wird der Begriff des Spions definiert. Dort heißt es:

> *Als Spion gilt nur, wer heimlich oder unter falschem Vorwand in dem Operationsgebiet eines Kriegführenden Nachrichten einzieht oder einzuziehen sucht in der Absicht, sie der Gegenpartei mitzuteilen.*

Die Regelungen der HLKO bestimmen damit nicht unmittelbar den Spionagebegriff, der Definition des Spions lassen sich jedoch Wesensmerkmale entnehmen, die einer Spionagedefinition zugrundegelegt werden können. Prägende Elemente sind demnach Informationsgewinnung, verdecktes Vorgehen und Handeln im Interesse einer gegnerischen Konfliktpartei.

II. Protokoll I zu den Genfer Abkommen

In Art. 46 *des Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte vom*

22 *Schaller*, Spies, in: Peters, MPEPIL (online); *Classen*, Fernerkundung und Völkerrecht, S. 160; *Gusy*, NZWehrr 1984, S. 187 ff. (187); *Hinz*, Spionage, in: Strupp/Schlochauer, WVR, Band 3, S. 298 ff. (298, 299); *Erasmus*, Der geheime Nachrichtendienst, S. 56.

23 RGBl. 1910, S. 107.

24 *Fink*, in: Fink/Gillich, Humanitäres Völkerrecht, S. 36, Rn. 8; *O'Connell*, in Fleck, The Handbook of International Humanitarian Law, S. 35, Rn. 2.27.

8. Juni 1977[25] (Protokoll I – ZP I) wird ebenfalls auf Spione Bezug genommen. Allerdings bestimmt auch diese Regelung nicht ausdrücklich, was unter Spionage zu verstehen ist. Festgelegt wird darin, unter welchen Voraussetzungen Angehörige der Streitkräfte einer am Konflikt beteiligten Partei als Spione behandelt werden können und wann sie als Kriegsgefangene zu behandeln sind. Die insoweit getroffenen Sonderregelungen gelten also für den Fall, dass Angehörige gegnerischer Streitkräfte Spionage betreiben. Auch Art. 46 ZP I beschreibt den Spion als Akteur, der verdeckt Informationen im Interesse einer gegnerischen Konfliktpartei einzieht. Die in Art. 46 ZP I enthaltenen Aussagen zum Spionagebegriff entsprechen damit weitgehend dem, was sich aus Art. 29 Abs. 1 HLKO ableiten lässt.

B. Übertragbarkeit auf Friedensspionage

HLKO und ZP I sind Rechtsquellen des humanitären Völkerrechts.[26] Die vorgenannten Regelungen betreffen demnach die Rechtsstellung von Spionen in bewaffneten Konflikten. Daher stellt sich die Frage, ob eine Begriffsdefinition, die aus Normen des humanitären Völkerrechts abgeleitet wird, auch im Zustand des Friedens gelten kann.

Denkbar ist dies bei analoger Anwendung von HLKO und ZP I. Die Analogie setzt das Bestehen einer Regelungslücke sowie eine vergleichbare Interessenlage zwischen dem von einer Norm geregelten Sachverhalt und einem nicht geregelten Bezugsfall voraus.[27] Im Schrifttum ist allerdings umstritten, ob ein Analogieschluss im Völkerrecht zulässig ist.[28] Hiergegen wird insbesondere eingewandt, dass völkerrechtliche Normen, sei es durch Vertrag oder Gewohnheitsrecht, aufgrund spezifischer zwischenstaatlicher Willensübereinstimmungen erzeugt würden, die sich auf ungeregelte Lebenssachverhalte nicht ohne Weiteres übertragen ließen.[29]

Auf einen Streitentscheid kommt es nicht an, wenn für den Sachverhalt des vorliegenden Untersuchungsgegenstandes bereits die Analogievoraussetzungen fehlen.

---

25 1125 UNTS 3.

26 *Fink*, in: Fink/Gillich, Humanitäres Völkerrecht, S. 35, Rn. 6 ff.

27 *von Arnauld*, Völkerrecht, S. 121, Rn. 297.

28 Übersicht bei *Vöneky*, Analogy in International Law, in: Peters, MPEPIL (online).

29 *Heintschel von Heinegg*, in Ipsen, Völkerrecht, 6. Auflage, S. 500 f., Rn. 5 ff.; a.A. etwa *Delbrück*, in: Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht, Band I/1, S. 80 ff.

Das humanitäre Völkerrecht dient dem Zweck, negative Folgen des bewaffneten Konflikts durch grundlegende Verhaltensregeln für die Konfliktparteien abzumildern.[30] Schon die Präambel der HLKO bringt dies in mehreren Passagen zum Ausdruck:

> „(…) *von dem Wunsche beseelt in diesem äußersten Falle* [gemeint ist der zuvor angesprochene „Ruf zu den Waffen"] *den Interessen der Menschlichkeit zu dienen* (…)"; „ (…) *die allgemeinen Gesetze und Gebräuche des Krieges einer Durchsicht zu unterziehen*, (…) *damit sie soviel wie möglich von ihrer Schärfe verlieren* (…)"; „ (…) *diese Bestimmungen, deren Abfassung durch den Wunsch angeregt wurde, die Leiden des Krieges zu mildern* (…)".

Die in einem bewaffneten Konflikt angelegten Brutalisierungsrisiken, die das humanitäre Völkerrecht begrenzen möchte,[31] treten im Zustand des Friedens naturgemäß nicht auf. Außerhalb des bewaffneten Konflikts liegende Gefahren sind vom Regelungszweck des humanitären Völkerrechts daher nicht umfasst. Im Hinblick auf Friedensspionage sind HLKO und ZP I dem Analogieschluss somit nicht zugänglich.

In Zusammenhang mit der Strafbarkeit von DDR-Spionen nach der deutschen Wiedervereinigung hat auch das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass keine Norm des Völkergewohnheitsrechts bestehe, aus der sich eine analoge Anwendung der HLKO auf außerkriegerische Zustände herleiten ließe.[32]

Eine analoge Anwendung der HLKO auf Friedensspionage scheidet damit aus.

C. Krieg und Frieden; Arbeitsdefinition der Friedensspionage

Da für Spionage außerhalb bewaffneter Konflikte in Völkerrechtsquellen keine Regelungen bestehen, unterscheidet die Völkerrechtslehre teils zwischen Kriegs- und Friedenspionage.[33] Friedensspionage ist, wie in Teil 2[34] gezeigt werden wird, von erheblicher praktischer Bedeutung. Der bewaffne-

30 *Gasser*, Humanitarian Law, International, in: Peters, MPEPIL (online).
31 *Kokott/Doehring/Buergenthal*, Grundzüge des Völkerrechts, S. 134 ff., Rn. 291 ff.
32 BVerfGE 92, 277 (323).
33 *Hinz*, Spionage, in: Strupp/Schlochauer, WVR, Band 3, S. 298 ff. (298); *Langkau*, Kriegs- und Friedensspionage, S. 30 ff. und S. 132 ff.
34 Technische Rahmenbedingungen und Bezugsfälle; Fallgruppen, S. 45 ff.

te Konflikt stellt, zumindest aus Perspektive des internationalen Friedenssicherungsrechts, eine ungewollte Ausnahmeerscheinung dar,[35] deren Regelungen somit nicht auf andere Lebensbereiche übertragbar sind.

Im Folgenden soll daher versucht werden, eine Arbeitsdefinition der Friedensspionage herauszuarbeiten. Da eine Definition nicht unmittelbar aus Völkerrechtsquellen abgeleitet werden kann, kommt Rechtserkenntnisquellen bei der begrifflichen Konkretisierung erhöhte Bedeutung zu, Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut.

Auch wenn die Regelungen des humanitären Völkerrechts auf Friedensspionage nicht analog angewendet werden können, weist Spionage grundlegende Wesensmerkmale auf, die im Frieden und im bewaffneten Konflikt identisch sind. Das humanitäre Völkerrecht gibt insoweit ein allgemeines Begriffsverständnis wieder, an das eine Definition der Friedensspionage anknüpfen kann.[36]

I. Ermittlung fremder Geheimnisse

Entscheidender Beweggrund für Spionage ist die Beschaffung fremder Informationen. Bereits die Wörter *Spionag*e und *Spion* legen dies nahe. Abgeleitet vom lateinischen Verb *speculari*, kann es als *auskundschaften*, *umherspäh*en oder mit ähnlichem Inhalt in die deutsche Sprache übersetzt werden.[37]

Weiterhin beschreibt Art. 29 Abs. 1 HLKO die Tätigkeit des Spions als ein Einziehen von Nachrichten (*recueillir (…) informations*). Mag Friedensspionage auch anderen als militärischen Zielen dienen,[38] bezweckt sie dennoch die Gewinnung fremder Informationen. Dies ist folglich in

35 *Fink*, in: Fink/Gillich, Humanitäres Völkerrecht, S. 36 f., Rn. 12.

36 Ähnlich *Hinz*, Spionage, in: Strupp/Schlochauer, WVR, Band 3, S. 298 ff. (298, 299), wonach wesentliche Merkmale „beiden Tatbeständen gemeinsam" seien und „in Grundsatzfragen meist die entsprechende Anwendung der für Kriegsspionage festgelegten Regeln möglich sei". S. auch *Classen*, Fernerkundung und Völkerrecht, S. 160/161, der Art. 29 Abs. 1 HLKO „als Ausgangspunkt für die Definition" der Friedensspionage bezeichnet.

37 *Langkau*, Kriegs- und Friedensspionage, S. 38, 39. Eine etymologische Argumentation ist durch die ausdrückliche Erwähnung des *Spions* in Art. 29 Abs. 1 HLKO vom Völkerrecht gedeckt. Der authentische Wortlaut der HLKO ist französisch (*Des espions*), s. *Schindler/Toman*, The laws of armed conflicts, S. 56.

38 *Hinz*, Spionage, in: Strupp/Schlochauer, WVR, Band 3, S. 298 ff. (300).