

Der Kampf um die Internetverfassung

Rechtsfragen des Schutzes globaler Kommunikationsstrukturen vor Überwachungsmaßnahmen

Andreas Fischer-Lescano

Im März 2014 hat der UN-Menschenrechtsausschuss, das Durchsetzungsorgan des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (UN-Zivilpakt), seine abschließenden Bemerkungen zum Bericht der USA veröffentlicht. Darin nimmt der Ausschuss auch zu den grund- und menschenrechtlichen Fragen Stellung, die im Zusammenhang mit der sogenannten NSA-Affäre weltweit diskutiert werden. Die insoweit knappen Ausführungen sind zwar in der Tendenz zu begrüßen, lassen jedoch zentrale Auseinandersetzungslinien im Kampf um die Internetverfassung außer Acht.

I. Globale Überwachung

Edward Snowden hat mit seinen Enthüllungen seit dem Sommer 2013 der Weltöffentlichkeit ins Bewusstsein gerufen, wie intensiv die global vernetzten Überwachungsapparate unser Leben durchleuchten. Keine SMS, kein Anruf, kein Facebook-Chat, keine Google-Suchanfrage, keine Kreditkartenoperation und keine Mail, die nicht potenziell gespeichert, gescannt und in ein Netz von Metadaten zur weiteren Auswertung eingespeist wird. 194 Millionen SMS-Metadaten täglich werden in die globalen Datenbunker eingebracht. Über den Zugriff auf Glasfaserkabel zwischen Europa und dem Fernen Osten scannt die NSA täglich zwischen drei und sechs Petabyte an Daten, was in etwa dem Datenvolumen von eineinhalb bis drei Milliarden Songs entspricht. Diese Daten durchlaufen einen Selektionsprozess und werden u.a. in Datenbanken in den USA gespeichert.¹ Selbst die „Cloud“ scheint nichts anderes zu sein als ein Euphemismus für einen „verborgenen Bunker in Idaho oder Utah“.²

1. Panoptismus

Dass Edward Snowden damit Einblick in ein gigantisches transnationales Panoptikum gegeben hat, ist bereits mehrfach bemerkt worden.³ Das Panoptikum

¹ *Greenwald*, Die globale Überwachung, 2014, S. 137 ff.; *Rosenbach/Stark*, Der NSA-Komplex, 2014, S. 131 u. 187.

² *Morozov*, Ideologie des Datenkonsums, FAZ 24.07.2013.

³ Siehe beispielsweise *Peters*, Surveillance without Borders?, 01. November 2013, abrufbar unter: <http://www.ejiltalk.org/surveillance-without-borders-the-unlawfulness-of-the-nsa-panopticon-part-i/>;

bezeichnet unter Anspielung auf den hundert-ägigen *Argus Panóptes* der griechischen Mythologie ein System lückenloser Überwachung. Der utilitaristische Staatstheoretiker Jeremy Bentham hat schon im 18. Jahrhundert in seinem Buch „Das Panoptikum oder das Kontrollhaus“ die Überwachungs- als Governance-Technik vorgeschlagen. Das Panoptikum sei die ideale Organisationsform für Gefängnisse, Fabriken, Armenhäuser, Hospitäler, Schulen etc., weil es Effizienzsteigerungen ermögliche und der Überwachungszwang Widerstand früh breche: „Vollkommen wäre ein solcher Zustand dann, wenn jede Person zu jedem Zeitpunkt einem solchen Zwang unterworfen wäre“, schreibt Bentham.⁴

Was Jeremy Bentham als Nutzenoptimierung konzipierte, bildet für Michel Foucault den Ausgangspunkt scharfer Gesellschaftskritik. Foucault weist das panoptische Prinzip in den Verästelungen der gesellschaftlichen Verhältnisse nach. In „Überwachen und Strafen“ beschreibt er den Panoptismus als die Herrschaftstechnik moderner Gesellschaften. Seine Kritik gilt dem daraus resultierenden Freiheitsverlust: „Wann immer man es mit einer Vielfalt von Individuen zu tun hat, denen eine Aufgabe oder ein Verhalten aufzuzwingen ist, kann das panoptische Schema Verwendung finden.“⁵ Foucaults Analysen zeigen die Subtilität des Wirkens des zwanglosen Zwanges der Überwachung. Die Sicherheitsdispositive üben keinen körperlichen Zwang aus. Sie optimieren machtvolle Wissenstechniken. Verhörmanagement, psychiatrische Gutachten, Moralisierungskampagnen und Sozialarbeit ersetzen die körperliche Züchtigung, wirken aber letztlich umso intensiver auch auf den Körper der Individuen ein. Das panoptische Schema ist ein Schema der Gehorsamsproduktion. Die Überwachung setzt eine Selbsttechnologie in Gang, die nicht allein von außen, sondern durch die Initiierung einer Beobachterbeobachtung wirkt. Die Individuen beobachten sich selbst durch die Brille des Beobachters. Das panoptische Schema wirkt im Ergebnis durch die Selbstdisziplinierung: „Derjenige, welcher der Sichtbarkeit unterworfen ist und dies weiß, übernimmt die Zwangsmittel der Macht und spielt sie gegen sich selber aus; er internalisiert das Machtverhältnis, in welchem er gleichzeitig beide Rollen spielt; er wird zum Prinzip seiner eigenen Unterwerfung.“⁶ Um dieses Schema zu durchbrechen, reicht es nicht, die Schaltzentrale zu erobern. Wer nur den Turm des Panoptikums besetzt, tritt aus dem Schema von Hegemonie und Gegenhegemonie nicht heraus. Das Ziel, so formuliert es Foucault in seinem Aufsatz „Das Auge der Macht“, muss sein, den Turmwächtern die Sicht zu nehmen, Brechungen einzubauen, die Architektur zu verändern, um dem panoptischen Dispositiv seine Funktionsvoraussetzungen zu entziehen.⁷

Han, Im digitalen Panoptikum, *Der Spiegel* 2/2014, S. 106 ff.; *ders.*, Psychopolitik: Neoliberalismus und die neuen Machttechniken, 2014; *Lindemann* Kursbuch 177 (2014), S. 162 ff.

⁴ *Bentham*, Das Panoptikum oder das Kontrollhaus (1791), hrsg. von *Welzbacher*, 2013, Brief I, S. 12.

⁵ *Foucault*, Überwachen und Strafen (1975), 1994, S. 264.

⁶ *Foucault* (Fn. 5), S. 269.

⁷ *Foucault*, in: *ders.*, Gesammelte Schriften, Bd. 3, 2003, S. 250 ff. So antwortet Foucault auf die Frage, ob sich die Überwachten des Zentralturmes bemächtigen sollten: „Unter den Bedingungen, dass dies nicht der letzte Sinn der Operation ist. Wenn die Gefangenen das panoptische Dispositiv

2. Transnationale Überwachungsapparate

Den Überlegungen Jeremy Benthams und der Kritik Michel Foucaults ist gemeinsam, dass beide an der politischen Dimension der Überwachung und den Auswirkungen der Überwachung auf das Subjekt ansetzen. Indes ist die Funktionsweise des panoptischen Schemas in der funktional ausdifferenzierten Weltgesellschaft komplizierter.

a) Politische Fragmentierung

Der Panoptismus bleibt nicht auf die Organisation einzelner Einrichtungen mit Spitze, Zentrum und Überwachungsturm beschränkt. Vielmehr wirkt das panoptische Schema entgrenzt und ist polyzentrisch organisiert. Transnational vernetzte Überwachungsapparate durchleuchten die entlegensten gesellschaftlichen Winkel. Die Weltgesellschaft ist eine Überwachungsgesellschaft. Sie ist zwar „ohne Spitze und ohne Zentrum“,⁸ aber die polyzentrischen Überwachungsnetze sind nicht weniger effektiv als die zentral ausgerichteten panoptischen Einrichtungen.

Wer sind diese Überwachungsapparate? Die Analysen zum NSA-Komplex haben zunächst einmal die Vernetzungen der staatlichen Sicherheitsdienste offen gelegt. So kooperieren über die UKUSA-Vereinbarung die sog. „Five Eyes“, also die Geheimdienste der englisch-sprachigen Länder von der US-amerikanischen National Security Agency (NSA) über das britische Government Communications Headquarter (GCHQ), das Australian Signals Directorate (ASD) und das kanadische Communications Security Establishment (CCSE) bis zum neuseeländischen Government Communications Security Bureau (GCSB). Diese arbeiten mit weiteren nationalen Geheimdiensten, unter anderem auch dem deutschen Bundesnachrichtendienst (BND), zusammen.⁹

Diese staatlichen Dienste kooperieren wiederum nicht allein untereinander. Auch internationale Organisationen wie die NATO¹⁰ und private Akteure sind in das Netzwerk der transnationalen Sicherheitsapparate eingebunden. In den USA kommen zu den 30.000 NSA-Beschäftigten weitere 60.000 Angestellte, die für externe Dienstleister der NSA arbeiten. Edward Snowden selbst war, als er die Dokumente zur NSA sammelte, nicht unmittelbar bei der NSA angestellt, sondern Mitarbeiter des PC-Unternehmens Dell, später dann Angestellter des NSA-Dienstleisters Booz. Neben den Unternehmen, die Hilfs- und Zuliefererdienste für die staatlichen Sicherheitsapparate ausführen, sind aber auch noch andere Global Player in die Überwachungsmaßnahmen einbezogen. Facebook, Yahoo, Google, Microsoft und andere transnationale Unternehmen arbeiten intensiv mit den

funktionieren ließen und sich in den Turm setzten, glauben Sie denn, dass das viel besser wäre als mit den Überwachern?“ (ebd., S. 272).

⁸ Luhmann, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, 1981, S. 22

⁹ Siehe zuletzt Leyendecker/Mascolo, Geheimdienst-Kooperation, Süddeutsche Zeitung 26. Juni 2014.

¹⁰ Tretbar, NSA-Abhörskandal, Der Tagesspiegel 18. Juli 2013.

staatlichen Sicherheitsorganen zusammen:¹¹ „One of the most significant changes that the age of surveillance has brought about is the increasing difficulty of separating surveillance by governments from that by commercial entities. Public- and privatesector surveillance are intertwined — they use the same technologies and techniques, they operate through a variety of public/private partnerships, and their digital fruits can easily cross the public/private divide [...] Even if we are primarily worried about state surveillance, perhaps because we fear the state's powers of criminal enforcement, our solutions to the problem of surveillance can no longer be confined to regulation of government actors. Any solutions to the problem of surveillance must thus take into account private surveillance as well as public.”¹²

b) Gesellschaftliche Polyzentrität

Letztlich sind die nichtstaatlichen Akteure aber nicht nur via Public Private Partnerships in die Überwachung eingebunden. Die Funktionsbereiche und die sich in ihnen bewegenden Akteure leisten vielmehr je einen eigenen Beitrag zum transnationalen Panoptimus. Sie verfolgen durch das Sammeln sensibler Daten funktionssystemspezifische Interessen.

In der Wirtschaft ist nicht Sicherheits-, sondern Konsummaximierung das Ziel.¹³ Daten sind Ware. Datensammeln ist ein Geschäftsmodell. Auf den verschiedenen Ebenen der Wertschöpfungskette im Bereich der Informations- und Kommunikations-Infrastruktur haben Wirtschaftsunternehmen wie Google, Apple, Facebook u.a. als Anbieter von Diensten und Produkten einen fast ungehinderten Zugriff auf Daten sowie auf die in ihrem Verantwortungsbereich durchgeführten Kommunikationsvorgänge und -inhalte. Sie werten diese im Rahmen diverser Geschäftsmodelle aus und verkaufen sie gegen Entgelt zur Weiternutzung an andere.¹⁴ Zur Optimierung ihrer Geschäftsmodelle entwickeln die Unternehmen eigene Spähsoftware.¹⁵ Auch die Wissenschaft nimmt bereitwillig Zugriff auf die digitalen Kommunikationsräume und forscht ohne Zustimmung der Nutzer zu Daten und Surfverhalten.¹⁶ Mittels des Internet kontrolliert das Religionssystem *res sacrae* und Gläubige.¹⁷ Das Gesundheitssystem überwacht Patienten und steigert die Gesundheitslogik durch netzbasierte Informationssysteme.¹⁸

¹¹ Hierzu nun die EuGH-Vorlage aus Irland, in deren Kern die Frage der Zulässigkeit der Kooperation von Facebook – das Unternehmen hat aus steuerlichen Gründen auch einen Sitz in Irland – mit der NSA steht: *High Court (Justice Hogan)*, Az. 2013 No. 765JR, Schrems vs. Data Protection Commissioner, Vorlagebeschluss vom 18. Juni 2014.

¹² *Richards* Harvard Law Review 2013, S. 1934 ff. (1958).

¹³ *Streeck*, Kunde oder Terrorist?, FAZ 02. Juli 2014, S. 16.

¹⁴ *Hoffmann-Riem* JZ 2014, S. 53 ff. (53).

¹⁵ *Goetz/Obermaier*, Snowden enthüllt Namen der spähenden Telekomfirmen, Süddeutsche Zeitung 02. August 2013.

¹⁶ *Tanriverdi*, Test mit Hunderttausenden Nutzern, Süddeutsche Zeitung 30. Juni 2014.

¹⁷ M.w.N. *Lewis*, God is Watching, and So am I: The Theology of Surveillance, 27. April 2012, abrufbar unter: <http://flowtv.org/2012/04/god-is-watching>.

¹⁸ *Ohno-Machado* J Am Med Inform Assoc 2013, S. 403 ff.

Kurzum: Die Funktionssysteme der Weltgesellschaft suchen sich das World Wide Web je im eigenen Interesse zu Diensten zu machen. Überwachung und Big Data verfolgen nicht allein eine Logik der Securitization.¹⁹ Auch Religionspurifizierung und Gewinn- sowie Wissensmaximierungen evozieren Gefahren. Diese stammen aber nicht von „old governments or industries that hate openness“, sondern von Industrien und gesellschaftlichen Institutionen “that oppose those old control freaks the most.”²⁰

3. Transformation der Subjektivität

Das transformiert letztlich auch das Verständnis von Subjektivität. Sozialdisziplinierung durch Subjektdisziplinierung ist nur eine Erscheinungsform des panoptischen Schemas. Dieses bleibt nicht darauf beschränkt, politische oder rechtliche Subjekte in einen Zirkel der Beobachterbeobachtung zu verwickeln. Die Wirtschaft interessiert sich nicht für potenzielle Terroristen, sondern für Konsumenten. Die Wissenschaft interessiert sich für User als Probanden, die Religion für die Gläubigen, die Gesundheit für die Patientinnen und Patienten, die Kunst für den homo aestheticus etc.²¹

Die gesellschaftlichen Autonomien sind daher auch nicht allein durch totalisierende Tendenzen des politischen Systems gefährdet, die die Subjekte in ihren Freiheiten beschränken. Vielmehr formt die funktional ausdifferenzierte Weltgesellschaft je eigene Grenzverhältnisse zu den Individuen aus. In diesen Grenzverhältnissen entstehen je spezifische Gefahren durch die je spezifischen Energien der je spezifischen Funktionssysteme. Gerade in diesen gesellschaftsinternen Systembeziehungen ebenso wie im Verhältnis des Gesellschaftssystems selbst zu seiner natürlichen und personalen Umwelt bilden sich die zentralen Probleme der ausdifferenzierten Weltgesellschaft.²²

II. UN-Menschenrechtsausschuss und Internetüberwachung

Welchen Zugriff nimmt nun das Recht auf dieses polyzentrische panoptische Schema? Mit welchen kontrafaktischen Erwartungen wird die transnationale Faktizität der Überwachung konfrontiert?

1. Rechtsgrundlage und Verfahrensweise des Ausschusses

Das Recht ist in den unterschiedlichsten Ordnungsfragmenten mit den Überwachungsmaßnahmen befasst. In nationalen Verfahren, begonnen bei den US-amerikanischen Gerichten nach dem Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA),

¹⁹ Klassisch zu diesem Begriff *Buzan* u.a., *Security: A New Framework for Analysis*, 1998.

²⁰ *Lanier*, *Who owns the Future*, 2. Aufl. 2014, S. 198.

²¹ Auch Byung-Chul Han nivelliert diese Polyzentrität, wenn er die „biopolitische Disziplinargesellschaft“ durch die „psychopolitische Transparenzgesellschaft“ ersetzt sieht (*Han*, *Im Schwarm*, 2013, S. 98).

²² *Luhmann*, in: *ders.*, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 2 1993, S. 45 ff. (80).

und auch in supranationalen Verfahren, wie jüngst im Fall Google Spain²³, werden die Rechtsfragen um den Schutz vor der panoptischen Herrschaftstechnologie verhandelt.

Die abschließenden Bemerkungen des UN-Menschenrechtsausschusses vom 26. März 2014²⁴ stellen nunmehr die erste Reaktion eines gerichtsförmig organisierten Gremiums auf der globalen Ebene dar, die sich den Überwachungsmaßnahmen widmet.²⁵ Damit ist der Kampf um die digitalen Grundrechte auf der Ebene des transnationalen Rechts angekommen.²⁶

Der Ausschuss wird tätig auf der Grundlage des UN-Zivilpakts.²⁷ Der UN-Zivilpakt wurde am 16. Dezember 1966 in New York geschlossen und trat am 23. März 1976 in Kraft. Er hat 168 Mitgliedsstaaten; sieben weitere Staaten (darunter Kuba und die Volksrepublik China) haben den Vertrag zwar unterzeichnet, aber nicht ratifiziert. Die USA haben den Pakt am 5. Oktober 1977 unterzeichnet und fast fünfzehn Jahre später, am 8. Juni 1992, ratifiziert. Sie sind seither an den Pakt, der in Art. 17 das Recht auf Privatheit schützt, völkervertraglich gebunden.

Der UN-Menschenrechtsausschuss ist das Durchsetzungsorgan des UN-Zivilpaktes. Der Ausschuss kann im Wege des Individualbeschwerdeverfahrens gegen einen Staat angerufen werden, wenn der betreffende Staat das Erste Fakultativprotokoll, das wie der Pakt selbst am 23. März 1976 in Kraft getreten ist, ratifiziert hat. Da sich die USA diesem Verfahren nicht unterworfen haben, kann der Ausschuss nur in den im Pakt selbst vorgesehenen Verfahrensformen mit den jeweiligen Sachverhalten befasst werden. Zwar haben die USA das Staatenbeschwerdeverfahren nach Art. 41 des Paktes per Erklärung anerkannt, weshalb der Ausschuss durch die Mitteilung anderer Vertragsstaaten mit den Überwachungsmaßnahmen befasst werden kann, das Staatenbeschwerdeverfahren ist aber in der Vergangenheit nicht ein einziges Mal genutzt und auch im Fall der Überwachungsmaßnahmen bislang nicht eingeleitet worden.²⁸

Die Stellungnahme des UN-Menschenrechtsausschusses zur NSA-Affäre erfolgte denn auch nicht im Rahmen der Beschwerdeverfahren, sondern anlässlich des Berichtsverfahrens nach Art. 40 des UN-Zivilpaktes. Dieses Verfahren verpflichtet die

²³ *EuGH* 13. Mai 2014, Rs. C-131/12 – „Google Spain“.

²⁴ Abschließende Bemerkungen des *UN-Menschenrechtsausschusses* zum 4. Bericht der USA, CCPR/C/SR/3061, 110. Sitzung, 26.3.2014, Ziff. 22. Der Bericht der USA datiert auf den 30. Dezember 2011. Er ist – wie auch die Antwort der US-Regierung auf Nachfragen des Ausschusses u.a. zum NSA-Komplex vom 03. Juli 2013 – über das US Department of State abrufbar unter: <http://www.state.gov/j/drl/rls/c16069.htm>.

²⁵ Aus dem politischen Raum siehe die Resolution der UN-Generalversammlung vom 18.10.2013: GA-Res. A/RES/68/167, Das Recht auf Privatheit im digitalen Zeitalter; siehe nunmehr auch den Bericht des *Office of the Human Rights Commissioner for Human Rights*, The right to privacy in the digital age, 30.6.2014, A/HRC/27/37.

²⁶ *Weichert* KJ 2014, 123.

²⁷ U.N.T.S., Vol. 999, S. 171 ff.

²⁸ Siehe die Kritik bei *Fischer-Lescano*, Völkerrecht für das Internet, taz 14. Juli 2014.

Staaten zu regelmäßigen Berichten über die Fortschritte im Bereich der durch den Pakt geschützten Rechte. Der Ausschuss prüft nach Art. 40 Abs. 4 diese Berichte und fügt eigene Berichte und allgemeine Bemerkungen bei. Das Verfahren hat das Potenzial, Öffentlichkeit herzustellen, und kann eine Kanalisierungsfunktion für zivilgesellschaftliche Skandalisierungen übernehmen.²⁹ Die offiziellen Staatenberichte werden regelmäßig durch sog. „Schattenberichte“ von NGOs flankiert.³⁰ Der Ausschuss hört regelmäßig auch die Vertreter der NGOs an, nimmt deren Berichte zum Anlass von Rückfragen und vertieften Erörterungen.

Das Berichtsverfahren endet, anders als die Beschwerdeverfahren, nicht mit einer abschließenden oder gar verbindlichen Entscheidung, sondern mit „Empfehlungen“. Das Berichtsverfahren ist gerichtsförmig organisiert. Es gibt Verhandlungen und eine abschließende Verlautbarung, die abstrakte Normen und konkrete gesellschaftliche Fälle kombiniert. Im Berichtsverfahren wird aber kein Einzelfall, den antagonistische Parteien vor ein Gremium gebracht haben, entschieden, sondern offen verhandelt. Die Themen werden im Verfahren gesetzt. Die Beteiligungsmöglichkeiten für NGO-Vertreter sind relativ breit. Und die abschließenden Empfehlungen beziehen ihre Verbindlichkeit nicht aus einer formalen Autorität. Ihre gesellschaftliche Wirksamkeit ist in erster Linie abhängig von der Akzeptabilität der Empfehlung, von ihrer Überzeugungskraft und den gesellschaftlichen Kräften, die sie für sich mobilisieren kann.³¹

Walter Benjamin hat die Umgangsformen der Staatendiplomatie als zart und gewaltfrei beschrieben, weil sie Weisen der gewaltfreien Übereinkunft jenseits des rechtlichen Entscheidens hervorgebracht habe.³² Das Berichtsverfahren institutionalisiert Umgangsformen des Rechts, die sich in diesem Sinne nicht durch ihre gewaltsame Entscheidung eines Sachverhalts auszeichnen. In ihnen steht vielmehr die argumentative Auseinandersetzung mit gesellschaftlichen Problemen im Vordergrund. Diese Stärke der Berichtsverfahren ist unter den gegenwärtigen Bedingungen aber zugleich ihre Schwäche: Die Berichtsverfahren sind oft selektiv und bieten nicht immer einen wirksamen Gegenpol zu den Gewaltapparaten. Denn die Problematik von Recht und Gewalt ist tiefgreifend: In einer Gesellschaft, die geprägt ist von vermachteten Strukturen und Interessengegensätzen, läuft ein Verfahren, das auf rechtliche Durchsetzungsstrukturen in einer Situation gesellschaftlicher Kämpfe verzichtet, Gefahr, sich selbst folgenlos zu machen, wenn es der Gewalt anderer gesellschaftlicher Kräfte nichts entgegenzusetzen hat.

Die größte Gefahr für auf formale Durchsetzungsgewalt verzichtende Institutionen droht hierbei durch den Opportunismus der Institution selbst. Eine einseitige

²⁹ Liese Die Friedens-Warte 59 (2006), 51 ff.

³⁰ Schattenberichte zum 4. Staatenbericht der USA finden sich beispielsweise beim Center for Constitutional Rights, CCR (abrufbar unter: <http://www.ccrjustice.org/icpr>) und der American Civil Liberties Union, ACLU (abrufbar unter: <https://www.aclu.org/human-rights/faq-covenant-civil-political-rights-iccpr>).

³¹ Skeptisch Schmahl JZ 2014, 220, 222.

³² Benjamin, Gesammelte Schriften Bd. II.1, 1991, S. 179, 195.

Ausrichtung der Spruchpraxis an den Interessen der Staaten gefährdet die gesellschaftliche Akzeptanz des Berichtsverfahrens. So ist es mehr als eine Fehlakzentuierung, zu betonen, dass die Foren der internationalen Gerichtsbarkeit „auf die Akzeptanz ihrer ‚Kunden‘, d.h. der Staaten, angewiesen“³³ seien. Auch die Formel, dass die Legitimationsbedürftigkeit der globalen Rechtsinstitutionen im Hinblick auf „Völker und Bürger“ entstehe,³⁴ geht nicht weit genug. Die Spruchpraxen der Gerichtsforen der Weltgesellschaft dürfen sich nicht an den Bedürfnissen von Gerichtskunden ausrichten. Ihre Legitimitätsmuster dürfen auch nicht allein den Inklusionslinien von Völkern und Bürgern folgen. Gesellschaftliche Wirksamkeit kann die Spruchpraxis der globalen Gerichtsbarkeit nur erfahren, wenn sie auch den in den klassischen Repräsentationsmustern nicht Vertretenen rechtliches Gehör verschafft: den „Unvertretenen“, wie Jacques Derrida sie nennt, den „Exkludierten“, um Niklas Luhmann zu zitieren, den „Überflüssigen“, wie Susan Marks schreibt.³⁵ Nur wenn die Spruchkörper über den Tellerrand der prozessualen Einkleidung blicken und ein Verständnis für die Komplexität der weltgesellschaftlichen Strukturkonflikte entwickeln, die in die *quaestio iuris* übersetzt werden, können sie gesellschaftliche Akzeptanz finden.

Das Berichtsverfahren zeichnet sich nicht durch letztverbindliches Entscheiden, sondern durch seine sanft und argumentativ wirkende Verbindlichkeit aus. Diese subtile Wirkungskraft ist Chance und Verpflichtung eines Verfahrens, das sich seine weltgesellschaftliche Effektivität durch überzeugende Stellungnahmen, partizipatorische Praxis, responsive Arbeitsweisen, sicheres Judiz und Konfliktgespür erkämpfen muss.³⁶

2. Anwendbarkeit des UN-Zivilpaktes

Wie hat sich der UN-Menschenrechtsausschuss nun zum panoptischen Schema verhalten? – Ein Tätigwerden des UN-Menschenrechtsausschusses im Hinblick auf den uns interessierenden Fall transnationaler Überwachung setzt voraus, dass der UN-Zivilpakt überhaupt anwendbar ist.

a) Extritoriale Anwendbarkeit, Art. 2 UN-Zivilpakt

³³ So aber *Aust*, VerfBlog, 14.05.2014, abrufbar unter: <http://www.verfassungsblog.de/der-egmr-als-regionaler-igh-entschaedigung-und-bestraefung-im-staatenbeschwerdeverfahren/>.

³⁴ I.d.S. *Bogdandy/Venzke*, In wessen Namen?, 2014, S. 283.

³⁵ *Derrida*, Weltbürger aller Länder, noch eine Anstrengung!, 2003, S. 1; *Luhmann*, Soziologische Aufklärung 6, 1995, S. 237; *Marks* Transnational Legal Theory, 2011, S. 1.

³⁶ Zu Optimierungsvorschlägen siehe *Davy*, in: *Gusy* (Hrsg.), Grundrechtsmonitoring, 2011, S. 238 ff. (257 f.) – die sich zu Recht gegen die „Mastererzählung“ der Überlegenheit der Gerichtsverfahren gegenüber Berichtsverfahren wendet. Insbesondere durch ein Ausdehnung der Berücksichtigungspflichten auf die Spruchpraxis der Ausschüsse könnte im nationalen Recht eine Aufwertung der Ausschüsse erfolgen – siehe *Viellechner*, in: *Matz-Lück/Hong* (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem, 2012, S. 109 ff.

Das könnte zunächst an der Exterritorialität der Maßnahmen scheitern, denn die Eingriffswirkung der Überwachungsmaßnahmen entsteht regelmäßig nicht auf dem Territorium des überwachenden Staates, sondern potenziell weltweit.

Nach Art. 2 Abs. 1 des UN-Zivilpaktes muss der jeweilige Mitgliedsstaat die im UN-Zivilpakt anerkannten Rechte „allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Hoheitsgewalt unterstehenden Personen“ zukommen lassen. Die beiden Kriterien sind anerkanntermaßen nicht kumulativ, sondern alternativ zu verstehen.³⁷ Die Ausübung von Hoheitsgewalt – in der verbindlichen englischen Sprachfassung des UN-Zivilpaktes „jurisdiction“ – führt also auch dann zur Anwendung des UN-Zivilpaktes, wenn die Personen nicht auf dem Territorium des Mitgliedsstaates anwesend sind.³⁸

Wann „jurisdiction“ ausgeübt wird, war in der Vergangenheit sehr umstritten. Im General Comment 31, den der UN-Menschenrechtsausschuss am 29. März 2004 angenommen hat, macht der Ausschuss die Ausübung von Hoheitsgewalt davon abhängig, dass die betreffende Person „within the power or effective control“ des jeweiligen Staates steht.³⁹ Zur „effective control“ gibt es beim Menschenrechtsausschuss kaum Spruchpraxis. Allerdings hat der EGMR zu dieser Frage im Al Skeini-Urteil, in dem es um die extritoriale Anwendbarkeit der EMRK ging, eine Konkretisierung der *effective control* unternommen, die auch für die extritoriale Anwendbarkeit des Zivilpaktes im Hinblick auf Überwachungsmaßnahmen Orientierung bieten kann. Der EGMR unterscheidet zwischen drei Formen „effektiver Kontrolle“ und nennt (1) den Einsatz von physischer Gewalt, mit der Personen extritorial unter Kontrolle gebracht werden können, (2) die individualbezogene Hoheitsausübung durch Staatsorgane im Ausland und (3) nationale Hoheitsakte, die extritoriale Wirkung haben.⁴⁰ In diesem Sinne führen Überwachungsmaßnahmen vielleicht nicht zur physischen Kontrolle über eine Person, aber zu einer virtuellen Kontrolle, die im Hinblick auf die Eröffnung des Anwendungsbereichs der EMRK wegen der eingangs skizzierten funktionalen Äquivalenz mit der physischen Kontrolle gleich zu setzen ist.⁴¹

Konsequenterweise hat der UN-Menschenrechtsausschuss in seiner abschließenden Stellungnahme zum Bericht der USA hinsichtlich der Überwachungsmaßnahmen der USA denn auch festgehalten, dass auf sie der UN-Zivilpakt anwendbar ist – und zwar sowohl für Maßnahmen innerhalb als auch außerhalb der USA. Die Bindung sei

³⁷ *Joseph/Castan*, The International Covenant on Civil and Political Rights, 3. Aufl. 2013, Ziff. 4.11ff.

³⁸ Generell zur extritorialen Anwendung der Menschenrechte *IGH*, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 09. Juli 2004, ICJ Rep. 2004, S. 136 ff. (Ziff. 107 ff.); speziell zum UN-Zivilpakt siehe bspw. *UN-Menschenrechtsausschuss*, Lopez Burgos v. Uruguay, 29. Juli 1981, 52/1979, Doc. A/36/40, Ziff. 12.2-3.

³⁹ *UN-Menschenrechtsausschuss*, General Comment Nr. 31, 29. März 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Ziff. 10.

⁴⁰ *EGMR* 07. Juli 2011, Al-Skeini v. UK, 55721/07, Ziff. 133 ff.

⁴¹ *Peters* (Fn. 3), Part 2; a.A. *Talmon* JZ 69 (2014), S. 783 ff.

unabhängig von der Nationalität und dem Aufenthaltsort der Betroffenen.⁴² Mit dieser Spruchpraxis, die die extritoriale Anwendbarkeit des Zivilpaktes im Hinblick auf die Überwachungsmaßnahmen bejaht, macht der Ausschuss einen ersten Schritt, um das „rechtliche Territorialdilemma“⁴³ zu überwinden.

b) Öffentlicher Notstand, Art. 4 UN-Zivilpakt

Die USA rechtfertigen die Überwachungsmaßnahmen regelmäßig mit Sicherheitserfordernissen, die nach dem 11. September 2001 die „balance between security and civil liberties“ massiv verändert hätten.⁴⁴ Da Art. 4 Abs. 1 des UN-Zivilpaktes den Staaten die Möglichkeit gibt, im „Falle eines öffentlichen Notstandes, der das Leben der Nation bedroht und der amtlich verkündet ist“, einzelne Rechte außer Kraft zu setzen, wäre es durchaus denkbar, dass die USA das Argument der Securitization auch rechtlich nutzen, um das Recht auf Privatheit in genereller Weise zu suspendieren. Da dieses nach Art. 17 UN-Zivilpakt geschützte Recht nicht zu den in Art. 4 Abs. 2 UN-Zivilpakt genannten notstandsfesten Rechten zählt, kommt jedenfalls eine Suspendierung dieses Rechts im Notstand durchaus in Betracht.

Die Hürden für die rechtliche Anerkennung des Notstands sind allerdings hoch.⁴⁵ Nicht jede sicherheitsbezogene Maßnahme kann mit dem Notstandsargument gerechtfertigt werden, nicht jede Katastrophe hat Notstandscharakter. Selbst im bewaffneten Konflikt ist die Möglichkeit, sich auf einen Notstand zu berufen, eingeschränkt.⁴⁶ Hinsichtlich der Überwachungsmaßnahmen ist jedenfalls zu konstatieren, dass es sich um Akte der Gefahrenabwehr handelt. Sie entsprechen nicht den strengen Anforderungen des UN-Menschenrechtsausschusses an das Vorliegen einer Notstandslage. Mit diesem Argument kann also die Bindung an die einschlägigen Rechte des Paktes nicht ausgehebelt werden. Die USA haben denn auch die prozeduralen Schritte, die der Zivilpakt für die Ausrufung des Notstandes voraussetzt, nämlich die amtliche Verkündung (Art. 4 Abs. 1) und die Notifikation an die anderen Vertragsstaaten (Art. 4 Abs. 3), gar nicht erst eingeleitet.

c) Self-executiveness

Schließlich könnte eine Anwendung des UN-Zivilpaktes an der Deklaration scheitern, die die USA im Zusammenhang mit der Ratifikation des Zivilpaktes abgegeben haben. In dieser haben die USA erklärt, „that the provisions of articles 1 through 27 of the Covenant are not self-executing“. Das nimmt den Normen des Paktes

⁴² UN-Menschenrechtsausschuss (Fn. 24), Ziff. 22.

⁴³ *Schaar* Blätter für deutsche und internationale Politik 59 (7/2014), S. 61 ff. (63).

⁴⁴ Vgl. die Antwort der US-Regierung auf die Nachfragen des UN-Menschenrechtsausschusses (Fn. 21), Ziff. 119; grundsätzlich zum Sicherheitsargument siehe schon *EGMR* Urteil v. 06. September 1978, 5029/71 – *Klass* u.a.

⁴⁵ *Nowak*, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, 2. Aufl. 2005, Art. 4 Rdn. 12 ff.

⁴⁶ UN-Menschenrechtsausschuss, General Comment Nr. 29, 31. August 2001, CCPR/C/Rev.1/Add.11, Ziff. 2 ff.

allerdings nicht ihre völkerrechtlich verpflichtende Wirkung, sondern zielt darauf, die innerstaatliche Anwendbarkeit und die Ableitung von Subjektivrechtigungen im nationalen Recht einzuschränken. Die Erklärung kann die völkerrechtliche Bindung an die Rechte des Zivilpaktes nicht untergraben.⁴⁷

3. Recht auf Privatheit, Art. 17 UN-Zivilpakt

Da also der UN-Zivilpakt exterritorial anwendbar und diese Anwendbarkeit nicht über Notstands- oder Non-Self-Executiveness-Erklärungen ausgeschlossen ist, fragt sich, welche Vorgaben dem Pakt im Hinblick auf die Überwachungsmaßnahmen zu entnehmen sind. Einschlägig ist insbesondere Art. 17 des UN-Zivilpaktes, nach dessen Abs. 1 niemand „willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie, seine Wohnung und seinen Schriftverkehr“ ausgesetzt werden darf. Im Gegenteil sichert Art. 17 Abs. 2 UN-Zivilpakt jedermann den Anspruch „auf rechtlichen Schutz gegen solche Eingriffe oder Beeinträchtigungen“ zu.

a) Eingriff in den Schutzbereich

Anders als die deutsche Übersetzung des Art. 17 nahelegt, schützt die Norm nicht nur den Schriftverkehr. Die verbindliche englische Fassung des Vertrages spricht von „correspondence“ und differenziert nicht zwischen schriftlicher, mündlicher, elektronischer, visueller, haptischer oder sonstiger Korrespondenz. In seinem General Comment Nr. 16 hat der UN-Menschenrechtsausschuss denn auch festgehalten, dass Art. 17 des Zivilpaktes die Integrität und Vertraulichkeit aller Kommunikationswege vor Überwachung schützt: „Surveillance, whether electronic or otherwise, interceptions of telephonic, telegraphic and other forms of communication, wire-tapping and recording of conversations should be prohibited.“⁴⁸

Hierbei schützt Art. 17 vor „willkürlichen oder rechtswidrigen“ Eingriffen. Selbst Eingriffe, die auf einem nationalen Gesetz wie in den USA auf dem FISA beruhen, dürfen nicht willkürlich sein,⁴⁹ müssen also stattfinden „in accordance with the provisions, aims and objectives of the Covenant and should be, in any event, reasonable in the particular circumstances“.⁵⁰

b) Rechtfertigung

⁴⁷ *Sinha* Loyola Law Review 59 (2013), S. 861 ff. (904).

⁴⁸ *UN-Menschenrechtsausschuss*, General Comment Nr. 16, 08. April 1988, HRI/GEN/1/Rev.9, Ziff. 8; siehe auch den Report des *Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, *La Rue*, 17. April 2013, UN-Dok. A/HRC/23/40.

⁴⁹ Zum kumulativen Charakter der Anforderung *Joseph/Castan* (Fn. 375), Ziff. 16.10 ff.

⁵⁰ *UN-Menschenrechtsausschuss* (Fn. 48), Ziff. 4; daher erscheint es unklar, von welcher Regelungslücke die Initiative ausgeht, die den UN-Zivilpakt im Wege des Vertragsänderungs- bzw. -ergänzungsverfahrens modifizieren möchte – siehe die berechtigte Kritik bei *Rath*, Mit Völkerrecht gegen die NSA?, taz 26. August 2013.

Vor diesem Hintergrund hat der Ausschuss den UN-Zivilpakt und insbesondere dessen Art. 17 auf die Überwachungsmaßnahmen angewendet und die USA ermahnt, die Anforderungen des Paktes umzusetzen.⁵¹ Im Detail fordert der Ausschuss von den USA für die Gestaltung der Maßnahmen:

- die Beachtung der Grundsätze der Legalität, der Verhältnismäßigkeit und der Notwendigkeit unabhängig von Nationalität und Aufenthaltsort der Betroffenen,
- die Beachtung des Gesetzesvorbehalts,
- die Einführung präziser Vorgaben, um die Maßnahmen inhaltlich und zeitlich zu beschränken,
- die Etablierung von gesetzlichen Autorisierungsverfahren und von Verfahrensvorgaben für die Nutzung und Speicherung vorhandener Daten
- die Stärkung des Richtervorbehaltes und die Einführung wirksamer Monitoringmaßnahmen,
- die Nichteinführung einer Verpflichtung zur Vorratsdatenspeicherung durch Dritte,
- die Einrichtung effektiver Rechtsmittelverfahren.

Diesen Vorgaben entspricht die Praxis der USA nicht. Die zeitlichen und inhaltlichen Beschränkungen, die der FISA vorsieht, sind zu unbestimmt.⁵² Die Ungleichbehandlung nach Staatsangehörigkeit ist rechtswidrig; das gilt auch für die Differenzierung nach dem Aufenthaltsort der Betroffenen. Der Richtervorbehalt ist wirkungslos. Effektive Rechtsmittel gegen Missbrauch sind nicht vorhanden.⁵³

⁵¹ *UN-Menschenrechtsausschuss* (Fn. 24), Ziff. 22: „The State party should: (a) take all necessary measures to ensure that its surveillance activities, both within and outside the United States, conform to its obligations under the Covenant, including article 17; in particular, measures should be taken to ensure that any interference with the right to privacy complies with the principles of legality, proportionality and necessity regardless of the nationality or location of individuals whose communications are under direct surveillance; (b) ensure that any interference with the right to privacy, family, home or correspondence be authorized by laws that (i) are publicly accessible; (ii) contain provisions that ensure that collection of, access to and use of communications data are tailored to specific legitimate aims; (iii) are sufficiently precise specifying in detail the precise circumstances in which any such interference may be permitted; the procedures for authorizing; the categories of persons who may be placed under surveillance; limits on the duration of surveillance; procedures for the use and storage of the data collected; and (iv) provide for effective safeguards against abuse; (c) reform the current system of oversight over surveillance activities to ensure its effectiveness, including by providing for judicial involvement in authorization or monitoring of surveillance measures, and considering to establish strong and independent oversight mandates with a view to prevent abuses; (d) refrain from imposing mandatory retention of data by third parties; (e) ensure that affected persons have access to effective remedies in cases of abuse.”

⁵² Siehe auch *Ewer/Thienel* NJW 67 (2014), 30 ff. (32).

⁵³ Details bei *Gärditz/Stuckenberg* JZ 69 (2014), 209 ff.; hinzu kommt, dass auch die Nutzung von Botschaften als Abhöreinrichtungen zudem dem Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten nach Art. 2 Abs. 4 der UN-Charta und dem Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen und dessen Zusatzprotokoll, Art. 3 (1) lit. d) WDÜ zzgl. Art 1 (1) ZP WDÜ, widerspricht (U.N.T.S. 500, S. 95 ff.); hierzu vertiefend *Wolf* JZ 68 (2013), 1039 ff.

III. Strukturelemente der Internetverfassung

Der Ausschuss hat damit knappe, aber treffende Worte für die Überwachungspraxis gefunden.⁵⁴ Das ist nicht nichts. Aber es reicht bei weitem nicht, um die Tiefe des Problems zu erfassen. Denn der Ausschuss verhandelt zentrale Fragen der globalen Kommunikationsrechte ausschließlich im hergebrachten Schema, das nach subjektiven Abwehrrechten gegen staatliche Übergriffe fragt. Das verkennt, dass der Kampf um die transnationale Internetverfassung nicht allein als ein Kampf von Individuen gegen Nationalstaaten begriffen werden kann. Es geht vielmehr darum, zu verstehen, dass das Regelungsbedürfnis gerade nicht wie in der Lage des klassischen Konstitutionalismus ausschließlich daher rührt, dass individuelle Rechtssubjekte in ihren Freiheitsbereichen gegen die Übergriffe staatlicher, supranationaler oder gar weltstaatlicher Politiksysteme zu verteidigen sind. Vielmehr stehen grenzüberschreitende Herausforderungen zur Diskussion, die aus weltgesellschaftlichen Strukturkonflikten herrühren, die deshalb nicht allein Individuen betreffen. Auf die Fragen des Grundrechtsschutzes und der Demokratie müssen in der transnationalen Konstellation aber Antworten gefunden werden, die die etatistischen und rechtssubjektivistischen Reduktionismen überwinden.

1. Grundrechte

Der Schutz der Integrität und der Verlässlichkeit von Kommunikationssystemen ist eine grundrechtliche Frage, die die Autonomie kommunikativer Prozesse betrifft. Anders als Menschenrechte, die die physische und psychische Integrität der individuellen Körperlichkeit schützen, zielt der grundrechtliche Schutz kommunikativer Sphären auf anders strukturierte Probleme gesellschaftlicher Kommunikation, nämlich auf die Gewährleistung institutioneller Autonomien und die Ermöglichung personeller Entfaltungsräume im Rahmen dieser Autonomien.⁵⁵

a) Systemschutz

Das verlangt zunächst einmal eine radikale Entpersonalisierung der kommunikationsbezogenen Grundrechte. Gerade im Hinblick auf die im Rahmen der Überwachungsmaßnahmen besonders betroffene Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ist es nötig, den grundrechtlichen Schutzzweck der betroffenen Freiheitsrechte vom Individualbezug abzukoppeln.⁵⁶ Das subjektive Recht ist nicht mehr Ausgang der Schutzzweckentwicklung, sondern hat in dieser Lage eine prozessuale Durchsetzungsfunktion: Rechtspersonen werden zu Sachwaltern inpersonalen Rechte, die nicht im materiellen, sondern lediglich im

⁵⁴ Die im Übrigen auch durch die deutsche Praxis nicht beachtet werden, zu den Rechtsfragen *Hoffmann-Riem* (Fn. 14), S. 53 ff.

⁵⁵ Zur Differenz von Grund- und Menschenrechten siehe *Teubner Der Staat* 45 (2006), 161 ff.

⁵⁶ Dabei kann nicht deutlich genug betont werden, dass natürlich auch im Verhältnis Individuum-Internetkommunikation Freiheitssicherungen einzubringen sind, insbesondere, was die Verfügbarkeit eines sozio-digitalen Existenzminimums betrifft; hierzu: *Gruber*, in: *Lomfeld* (Hrsg.), *Fälle der Gesellschaft*, 2015, i.E.

prozessualen Sinne Subjektivberechtigung verleihen. Das subjektive Recht wird zum Annex des inpersonalen Grundrechts:⁵⁷ „Kommunikationsschutz ist im Bereich globaler Kommunikationsstrukturen in erster Linie auf Systemschutz angewiesen.“⁵⁸

Der UN-Menschenrechtsausschuss macht sich im Hinblick auf diese Herausforderung bislang kein hinreichendes Bild davon, dass es beim Schutz vor Überwachungsmaßnahmen nicht primär darum geht, die individuelle Privatsphäre von staatlicher Politikausübung freizuhalten. Vielmehr müssen autonome gesellschaftliche Kommunikationsprozesse vor der Usurpation durch andere gesellschaftliche Kommunikationsprozesse geschützt werden. Das bedarf einer komplexeren Konzeption von Grundrechten, die Schutzbereiche und Beeinträchtigungslagen nicht länger ins Schema privat/gesellschaftlich vs. öffentlich/staatlich presst. Diese Problemfassung wird den Transformationen im Verhältnis von privat und öffentlich nicht gerecht.

Die Kernfrage des transnationalen Konstitutionalismus besteht nicht allein darin, dass nationalstaatliche Sicherheitsorganisationen⁵⁹ oder globale Sicherheitsapparate⁶⁰ auf die Grundrechte verpflichtet werden müssen. Bezogen auf die Internetverfassung verkürzen beide Varianten eines „Völkerrechts des Netzes“⁶¹ die Verfassungsfrage auf die Eindämmung politischer Gewalt.⁶² Die neue Verfassungsfrage stellt sich aber umfassender. Ging es bei der alten Verfassungsfrage um die Begründung und Begrenzung politischer Gewalt, „so geht es in der Neuen Verfassungsfrage darum, ganz andere gesellschaftliche Energien, besonders sichtbar in der Wirtschaft, aber auch in Wissenschaft und Technologie, in der Medizin und in den neuen Medien, freizusetzen und diese in ihren destruktiven Auswirkungen wirksam zu beschränken.“⁶³ Bezogen auf die Überwachung des Internet liegt die Herausforderung also darin, einerseits diese Kommunikation vor den Übergriffen anderer gesellschaftlicher Funktionsbereiche zu schützen und zugleich diese Funktionsbereiche davor zu bewahren, dass sie durch die eigenrationalitätsmaximierende Netzkommunikation in ihrer Integrität bedroht werden.

Anders ausgedrückt: Das Internet muss in den Grenzverhältnissen zu globalen Funktionsbereichen wie der Politik, der Wissenschaft, der Ökonomie etc. vor diesen

⁵⁷ *Lepsius*, in: *Roggan* (Hrsg.), *Online-Durchsuchungen*, 2008, S. 21 ff. – in Auseinandersetzung mit dem durch das BVerfG entwickelten Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (*BVerfGE* 120, 274 ff.).

⁵⁸ *Hoffmann-Riem*, *Globaler Auftrag*, FAZ 25. Juni 2014.

⁵⁹ So der Ansatz bei *Habermas*, in *ders.*: *Der gesplittene Westen*, 2004, S. 113 ff.

⁶⁰ So die Konzeption von *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009.

⁶¹ Siehe auch die an eine Formulierung aus dem Koalitionsvertrag anschließende Einlassung des Bundesministers der Justiz *Heiko Maas* im Interview mit *Jahn u.a.*, „Das letzte Mittel ist die Entflechtung von Google“, FAZ 28. Juni 2014: „Die digitale Welt kennt längst keine Ländergrenzen mehr. Sie ist zu groß für allein nationalstaatliche Regeln. Das digitale Zeitalter braucht ein Völkerrecht des Netzes. Da haben wir gewaltigen Nachholbedarf.“

⁶² Siehe auch *Kjaer*, *Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach*, 2014, S. 136 ff.

⁶³ *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 11.

Bereichen geschützt werden. Die Internetverfassung muss aber auch *vice versa* ebendiese Bereiche vor Übergriffen durch die Internetkommunikation schützen. Auch die „Privatsphäre“ der Internetkommunikation erhält damit eine öffentliche Funktion und wird auf eine Öffentlichkeit hin verpflichtet. Das Öffentliche der Sphäre der Internetkommunikation ist ihre intrinsische Normativität im Verhältnis zur Gesellschaft, zu den Menschen und zur Ökologie. Privat/Öffentlich ist so kein Schema der Unterscheidung zwischen privaten Rechtssubjekten und öffentlicher Staatlichkeit sondern verweist in der polykontexturalen Gesellschaft darauf, dass die (private) Integrität autonomer gesellschaftlicher Sphären mit dem (öffentlichen) weltgesellschaftlichen Kontext dergestalt verknüpft werden muss, dass eine Sphäre die Freiheit der anderen Sphäre ermöglicht.⁶⁴ Freiheit ist die Freiheit der anderen: Verfassung ist ein Abhängigkeitsmechanismus.⁶⁵ Sie bindet gesellschaftliche Autonomiebereiche konstitutiv aneinander.

b) Horizontalwirkung der Grundrechte

Damit stehen nicht allein staatliche und parastaatliche Hoheitsakte unter Rechtfertigungszwang. Die Herausforderung ist vielmehr, polyzentrische Gesellschaftsbereiche in ihren destruktiven Tendenzen einzudämmen. Das öffnet den Blick auf Phänomene öffentlicher Gewalt, die jenseits der traditionellen Regelungsformen des klassischen Völkerrechts stehen. Und hier wird die zentrale Leerstelle in den abschließenden Bemerkungen des UN-Menschenrechtsausschusses sichtbar: Der Ausschuss lässt die Frage, wie den expansiven Tendenzen global wirkender Kommunikationsmedien wirksam begegnet werden kann, offen.

Anders als in akteurszentrierten Beobachtungen, die die Weise der konstitutionellen Begrenzung auf transnationaler Ebene maßgeblich aus der öffentlichen Akteurseigenschaft entwickeln,⁶⁶ und anders als in handlungsorientierten Ansätzen, die die „International Public Authority“ mit gewaltförmigen Handlungsformen identifizieren,⁶⁷ ergeben sich Intensität und Umfang der jeweiligen Grundrechtsbindung aber weder aus intrinsischen Akteurseigenschaften noch aus handlungsimmanenten Gründen, sondern aus gesellschaftlichen Verhältnissen, die das Recht als öffentliche Rechtsverhältnisse mit ggf. korrespondierenden Verhaltenspflichten rekonstruiert. Es geht hierbei darum, die grundrechtliche Dimension der Strukturkollisionen der Gesellschaft ernst zu nehmen und aus diesen Kollisionen heraus die Rechtsbindungen zu konkretisieren. Die zentrale Herausforderung ist es, die holzschnittartige Fragestellung exklusiver Grundrechtsverpflichtung bzw. -berechtigung zu überwinden. Stattdessen sind komplexitätsadäquate Strukturen zu entwickeln, die den expansiven Tendenzen

⁶⁴ *Teubner* Finnish Yearbook of International Law 21 (2010), 1 ff. (3 f.).

⁶⁵ *Loick*, in: *Jaeggi/ders.* (Hrsg.), Nach Marx, 2013, S. 321 ff.

⁶⁶ *Peters* Indiana Journal of Global Legal Studies 16 (2009), S. 397 ff.

⁶⁷ *von Bogdandy/Goldmann* ZaöRV 69 (2009), 51 ff.; *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2011, S. 520.

gesellschaftlicher Kommunikationsmedien jeweils sachgerecht durch Organisation und Stärkung von Selbstbegrenzungsverfahren begegnen.⁶⁸ Das betrifft die gesellschaftsschädigenden Auswirkungen einer entfesselten Weltwirtschaft genauso wie die gefährlichen Eigenrationalitätsmaximierungen des Gesundheitssystems, des Rechts, der Religion, der Wissenschaft und der Medien.

Von den gesellschaftsresponsiven Organisationspflichten ist kein Sektor der Weltgesellschaft ausgenommen. Man darf allerdings nicht den Fehler machen, durch einfache Analogie die auf die Big Brothers von NSA bis BND gemünzte Grundrechtsverpflichtung eins zu eins und ohne dogmatische Anpassungen auf die Big Sisters von Google bis Facebook zu übertragen. Das wäre ein zu direkter Transfer ursprünglich staatsgerichteter Grundrechte in andere Gesellschaftssphären. Vielmehr geht es darum, aus dem jeweiligen Sachbereich heraus Verfahrenslösungen zu entwickeln, die staatliche und nichtstaatliche Akteure jeweils nach ihrer Façon auf die Organisation des Grundrechtsschutzes verpflichten.

Ansätze hierzu gibt es in der Völkerrechtspraxis durchaus. So hat nicht zuletzt der UN-Menschenrechtsausschuss selbst in seinem General Comment Nr. 16 festgehalten, dass die Rechte aus Art. 17 des UN-Zivilpaktes unabhängig davon zu garantieren sind, „whether they emanate from State authorities or from natural or legal persons.“⁶⁹ Und auch der Sonderbeauftragte zum Recht auf Meinungsfreiheit Frank La Rue hat, anknüpfend an die Pflichtentrias aus dem Ruggie-Report (*protect, respect & remedy*),⁷⁰ die Pflichten des Privatsektors bei der Einhaltung von Datenschutzbestimmungen betont.⁷¹

Im Fall der globalen Überwachungsmaßnahmen interessiert sich der UN-Menschenrechtsausschuss für diese nichtstaatliche Dimension der Überwachung aber leider nicht: kein Wort zu den Haftungsfreistellungen, die der FISA für den Fall der Einbeziehung Privater in Überwachungsmaßnahmen vorsieht und die eine Verletzung der grundrechtlichen Schutzpflicht darstellen; kein Wort zu den extraterritorial wirkenden Herausgabepflichten, die trotz wohlmeinender Safe Harbor-Vereinbarungen auch gegen US-Unternehmen in Europa durchgesetzt werden;⁷² kein Wort zu den unternehmensbezogenen *due diligence*-Pflichten, die der Ruggie-Report entwickelt hat und die anschließen an ein Netz transnationaler Codices – von den zehn universellen Prinzipien des United Nations Global Compact über die G3-Guidelines der Global Reporting Initiative, die ISO 26000 on Social Responsibility der

⁶⁸ Hensel/Teubner KJ 47 (2014), 150 ff.

⁶⁹ UN-Menschenrechtsausschuss (Fn. 46), Ziff. 1; zur Horizontalwirkung siehe auch Nowak (Fn. 45), Art. 2 Rdn. 20, und Joseph/Castan (Fn. 37), Ziff. 1.106 ff.

⁷⁰ Ruggie, Guiding Principles on Business and Human Rights, A/HRC/11/13, 22. April 2009.

⁷¹ Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression (Fn. 48), Ziff. 72 bis 77.

⁷² U.S. District Court Southern New York, 25. April 2014 – Memorandum and Order In The Matter Of A Warrant To Search A Certain E-Mail Account Controlled And Maintained By Microsoft Corporation (USDC, 13 Mag 2814); hierzu Plath, Datenherausgabepflicht für Cloud-Anbieter nach US-Recht vs. EU-Datenschutzrecht, 13. Mai 2014, abrufbar unter: <http://www.cr-online.de>.

Internationalen Standardisierungsorganisation, die Deklaration zu den Kernarbeitsnormen der ILO bis zu den OECD-Guidelines für multinationale Unternehmen. All diese Texte und Initiativen unternehmen den Versuch, den privaten Akteuren die Beachtung der Menschenrechte nahe zu legen.⁷³

Schon längst verpflichten selbst inter- und transnationale Schiedsgerichte im Bereich der *lex digitalis publica* private Akteure auf einzelne Grund- und Menschenrechte.⁷⁴ Und selbst der EuGH hat in seiner pragmatischen Weise, mit der er über die allgemeinen Rechtsgrundsätze auch nichtstaatliche Akteure an die Grundrechte bindet, in seinem „Google Spain“-Urteil die Bindung von Google an die Europäische Grundrechtecharta festgestellt: „Durch die Tätigkeit einer Suchmaschine können die Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und Schutz personenbezogener Daten somit erheblich beeinträchtigt werden, [...] als derjenige, der über die Zwecke und Mittel dieser Tätigkeit entscheidet, hat der Suchmaschinenbetreiber daher in seinem Verantwortungsbereich im Rahmen seiner Befugnisse und Möglichkeiten dafür zu sorgen, dass die Tätigkeit den Anforderungen [...] entspricht, damit [...] ein wirksamer und umfassender Schutz der betroffenen Personen, insbesondere ihres Rechts auf Achtung ihres Privatlebens, tatsächlich verwirklicht werden kann.“⁷⁵

Der UN-Menschenrechtsausschuss interessiert sich für diese zentralen Fragen des globalen Grundrechtsschutzes leider nur im hergebrachten Schema, das subjektive Freiheiten gegen staatliche Übergriffe zu verteidigen sucht. Das wird der Komplexität der gesellschaftlichen Strukturkonflikte, die in den globalen Überwachungsmaßnahmen ihren Ausdruck finden, nicht gerecht. Die Fehlrahmung hindert den Ausschuss nicht nur daran, den gesellschaftlichen Strukturkonflikt angemessen ins Recht zu übersetzen. Es versperrt auch den Blick auf die Lösungsmöglichkeiten für diesen Konflikt.

2. Demokratie und öffentliche Kontrolle

In der Konsequenz verkennt der Ausschuss auch die transnationalen Dimensionen der demokratischen Frage, die der Fall der globalen Überwachungsmaßnahmen aufwirft. Entscheidend ist hier, in welchen Verfahren und Formen die Selbstbegrenzung der gesellschaftlichen Kommunikationsbereiche organisiert wird.

Der UN-Menschenrechtsausschuss setzt in seinen abschließenden Bemerkungen auf den nationalen Gesetzesvorbehalt. Das ist ein wichtiger Baustein in einem

⁷³ Details bei *Murphy* Columbia Journal of Transnational Law 43 (2005), S. 389 ff.; siehe zuletzt die Resolution des UN-Menschenrechtsrates vom 26. Juni 2014 mit dem Auftrag zur „Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights“ (A/HRC/26/L.22).

⁷⁴ Siehe *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 259 ff.

⁷⁵ *EuGH* (Fn. 23) – „Google Spain“, Rdn. 38; siehe auch ebd., Rdn. 80: „Wegen seiner potenziellen Schwere kann ein solcher Eingriff nicht allein mit dem wirtschaftlichen Interesse des Suchmaschinenbetreibers an der Verarbeitung der Daten gerechtfertigt werden.“ Zum Recht auf Vergessen siehe auch *Mayer-Schönberger*, Delete, 2. Aufl. 2011, S. 153 ff.

System der Selbstbegrenzung von Funktionsbereichen, bleibt aber bei der Selbstbegrenzung der Politik stehen. Daneben geht es in der transnationalen Konstellation darum, auch gegenüber anderen Beteiligten demokratische Anforderungen durchzusetzen. Im Bereich der globalen Kommunikationsstrukturen wird das Informationsmonopol „zum Problem der Medienverfassung und die durch die weltweite digitale Vernetzung ermöglichten Eingriffsmöglichkeiten in Grundrechte der Privatsphäre, informationelle Selbstbestimmung und Kommunikationsfreiheit sind typische Probleme der Internet-Verfassung. Zugleich verweist die mangelnde Transparenz von Googles Steuerungsstrukturen auf die Verfassungsfragen von Demokratie und von öffentlicher Kontrolle.“⁷⁶

Diese Verfassungsfragen kann man nicht lediglich dadurch beantworten, dass man das Netz partialdemokratischer Legitimation über die Nationalstaaten enger spannt.⁷⁷ Vielmehr müssen in den polyzentrischen Ordnungsmustern selbst die Grundsätze der Demokratie und der öffentlichen Kontrolle im Hinblick auf die Eigennormativitätsstrukturen verankert und ggf. rechtlich durchgesetzt werden.⁷⁸ Das betrifft beispielsweise die Datenschutzstandards von Google,⁷⁹ aber auch die Praxis von Wikileaks, das die in der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte niedergelegten Rechte anerkennt⁸⁰ und ein „harm minimisation procedure“ entwickelt hat. Letzteres soll die Löschung von Informationen für den Fall vorsehen, dass „life and limb of innocent people“ geschützt werden müssen.⁸¹

Gerade in dieser ultrazyklischen Verknüpfung privat gesetzter Standards mit völkerrechtlichen Kodifikationsarbeiten liegt ein unausgeschöpftes Potenzial für die Entfaltung von gesellschaftlichen Konstitutionalisierungsprozessen. Dafür ist es aber nötig, reflexive Prozesse und Verfahren zu institutionalisieren, die für die Setzung, Modifizierung, Interpretation und Implementation der primären Normierungen zuständig sind. Kontroll- und Implementationsorgane sind einzurichten, die die Aufgabe haben, zwischen den abstrakten Unternehmensgrundsätzen und den konkreten Unternehmensentscheidungen zu vermitteln.⁸²

Solche Verfahren bilden sich nicht von selbst. Es bedarf externen und internen Drucks und ggf. auch gerichtlicher Kontrolle, damit Codes of Conduct mehr sind als

⁷⁶ Teubner Zeitschrift für Rechtssoziologie 32 (2011), 189 ff. (189).

⁷⁷ So aber wohl Bast, in: Brunkhorst (Hrsg.), Demokratie in der Weltgesellschaft, 2009, S. 185 ff.

⁷⁸ Thornhill Indiana Journal of Global Legal Studies 20 (2013), 551 ff.

⁷⁹ Siehe Google, Datenschutzerklärung, Stand: 31. März 2014, abrufbar unter: <http://www.google.de/intl/de/policies/privacy/>.

⁸⁰ Wikileaks, Standard Operating Procedures, Ziff. 1, abrufbar unter: <https://wikileaks.org/About.html>: “We derive these principles from the Universal Declaration of Human Rights. In particular, Article 19 inspires the work of our journalists and other volunteers. It states that everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers. We agree, and we seek to uphold this and the other Articles of the Declaration.”

⁸¹ Wikileaks (Fn. 80), Ziff. 1.2.

⁸² Teubner, in: Festschrift für Klaus Hopt, 2010, S. 1449 ff. (1457).

Public Relations-Strategien, damit eine Safe Harbor-Initiative wie die der EU⁸³ nicht als Merchandising-Instrument endet.⁸⁴ Eine Stärkung von Selbstkontrollverfahren kann einerseits dadurch erzielt werden, dass durch politische Regulierung institutionalisierte Formen der Selbstregulierung eingeführt werden: Eine solchermaßen fremdregulierte Selbstregulierung unterscheidet sich von Formen der Deregulierung dadurch, dass auf Kontrolle nicht *laissez faire* verzichtet wird, sondern dass verbindliche und auch gerichtsförmige Kontrollmechanismen eingeführt werden, die organisationsinterne und -externe Überprüfungsinstanzen verknüpfen.⁸⁵

Ansätze hierzu gibt es durchaus. Das betrifft zum einen die Stärkung der Transparenz durch die Einführung von auf menschenrechtliche Sachverhalte zielenden Berichtspflichten für Unternehmen und zum anderen die Verpflichtung zur Einführung von Corporate Social Responsibility-Institutionen.⁸⁶ Erst wenn diese auf die Kooperation mit politisch eingesetzten Institutionen – Strafverfahrens- und Verwaltungsbehörden, nationalen Gerichten, nationalen und internationalen Menschenrechtsinstitutionen – verpflichtet werden, kann ein Netzwerk rechtlicher Kontrolle entstehen, in dem Rechtsnormen wirksam werden. Es gilt hier den Wildwuchs der asymmetrischen Judizialisierung zu korrigieren. In dessen Folge können Private und transnationale Unternehmen zwar als Kläger vor zahlreichen internationalen Foren – insbesondere den Investitionsschiedsgerichten – ihre Interessen gerichtlich durchsetzen. Aus strukturellen Gründen ist es aber bislang ausgeschlossen, dass diese Akteure sich vor den Foren der Weltgerichtsbarkeit auf der Beklagtenseite wieder finden.⁸⁷ Die partielle Völkerrechtssubjektivität führt hier im Ergebnis dazu, dass transnationale Unternehmen zwar durch das Völkerrecht unmittelbar berechtigt, aber nicht hinreichend effektiv verpflichtet werden. Erst wenn diese Lücken durch die Kombination von internen und externen Kontrollmöglichkeiten geschlossen sind, kann man eine Juridifizierung entstehen, die es ermöglicht, die Versprechungen der Codes of Conduct und der Corporate Social Responsibility-Initiativen auch rechtlich durchzusetzen.

Neben der Effektivierung von Kontroll- und Partizipationsmöglichkeiten, die die Ebenen der Organisation und mit den gesellschaftlichen Institutionen verknüpfen, müssen auch die gesellschaftlichen Voraussetzungen für die Bildung demokratischer Öffentlichkeit und die Möglichkeit der individuellen Einziehung von Sichtbarkeithemmnissen abgesichert werden.

a) Ermöglichung kritischer Öffentlichkeit

⁸³ Kritisch hierzu *Schaar* ZRP 46 (2013), 214 ff.

⁸⁴ Siehe die Kritik bei *Seeger* iX. Magazin für professionelle Informationstechnik, 11/2011, Editorial: [...] dass diese Vorschriften das Papier nicht wert sind, auf dem sie gedruckt wurden.“

⁸⁵ I.d.S. *Teubner* ARSP 1982, 13.

⁸⁶ *Deva*, *Regulating Corporate Human Rights Violations*, 2012, S. 96.

⁸⁷ *von Bernstorff*, *Die UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, November 2012, abrufbar unter <http://www.unesco.de/7390.html>.

Hierfür ist zum einen entscheidend, dass kritische Öffentlichkeiten Raum zur Skandalisierung entsprechender Praxen finden können.⁸⁸ Auch für diese Frage transnationaler Kontrollmöglichkeit interessiert sich der UN-Menschenrechtsausschuss aber leider nicht: Die Unterdrückung des Whistleblowing und die damit verbundenen Einschränkungen für den demokratischen Prozess kommen nicht zur Sprache. Auch wenn in den Schattenberichten zum Staatenbericht der USA unter Hinweis auf Art. 19 des UN-Zivilpaktes ein nachhaltiger Schutz für Whistleblower eingefordert worden ist,⁸⁹ blendet der Ausschuss die damit verbundenen Probleme völlig aus.

Das Whistleblowing ist ein zentraler Mechanismus für die Ermöglichung einer demokratischen Kontrolle.⁹⁰ Der UN-Menschenrechtsausschuss versäumt es auch hier, einen Rechtsrahmen für die Freisetzung und Begrenzung demokratischer Kräfte zu entwickeln. Will man nicht, wie es Foucault in seiner Kritik an Bentham herausgearbeitet hat,⁹¹ die totale Kontrolle des Netzes der Sicherheitsapparate durch ein panoptisches Schema von unten ersetzen, muss es natürlich auch für das Whistleblowing Grenzen geben. Diese Grenzen können aber nicht durch die Bedürfnisse der Politik oder des Militärs determiniert werden, sondern müssen wiederum selbst zur Disposition des demokratischen Prozesses stehen.⁹²

b) Recht auf Verschlüsselung

Doch die demokratische Frage erschöpft sich nicht in der Ermöglichung der gesellschaftlichen Thematisierung der Überwachung. Vielmehr gilt es aus darüber hinaus, einen Prozess der doppelten Reflexivität zu organisieren, um die gesellschaftliche Emanzipation vom panoptischen Schema zu ermöglichen. Die Funktion der Verfassung ergibt sich gerade daraus, dass durch sie reflexive Prozesse des Rechts mit den reflexiven Prozessen der Gesellschaft verknüpft werden: Die Politik wird durch eine politische Verfassung begrenzt und begründet, die Wirtschaft durch die Wirtschaftsverfassung etc. Es ist die Pointe der konstitutionellen Idee dass durch die Verfassung, die zugleich rechtlich die Rechtsbildung regelt, gesellschaftliche Selbstlimitationskräfte freigesetzt werden.

Wie das für die Internetverfassung umgesetzt werden kann, hat Edward Snowden angedeutet, indem er in der Antwort von Thomas Jefferson auf die Frage politischer Macht die Idee der „Machtbegrenzung durch Verfassung“ durch „Machtbegrenzung durch Verschlüsselung“ ersetzt: „While I pray that public awareness and debate will lead to reform, bear in mind that the policies of men change in time, and even the

⁸⁸ *Anderson* Indiana Journal of Global Legal Studies 20 (2013), 881 ff.

⁸⁹ Siehe beispielsweise den Schattenbericht der NGO „Article 19“ anlässlich der Sitzung des UN-Menschenrechtsausschusses im Oktober 2013, abrufbar unter: www.article19.org, S. 2: „Protecting whistleblowers who hold governments and institutions to account is central to protecting the right to freedom of expression under international law.“

⁹⁰ *Teubner*, in: *Baecker u.a.* (Hrsg.), *Ökonomie der Werte*, 2013, S. 39 ff.

⁹¹ *Foucault* (Fn. 7), S. 250 ff.

⁹² *Fischer-Lescano*, in: *Calliess* (Hrsg.), *Transnationales Recht*, 2014, S. 435 ff.

Constitution is subverted when the appetites of power demand it. In words from history: Let us speak no more of faith in man, but bind him down from mischief by the chains of cryptography.”⁹³

Anders als Snowden es konzipiert, stehen Verfassung und Verschlüsselung allerdings nicht in einem Exklusivitätsverhältnis. Vielmehr muss die rechtliche Einräumung der Möglichkeit der Verschlüsselung ein zentrales Element der Internetverfassung bilden. In der reflexiven Anwendung des digitalen Codes auf sich selbst und dessen Verknüpfung mit dem verfassungsförmigen Recht, diese Verschlüsselung rechtlich geschützt durchführen zu können, entwickelt sich die kapillare Verfassung der Internetkommunikation. Verschlüsselung ist Teil einer „Konstitutionalisierung von unten“, in der die User selbst das panoptische Schema durchbrechen.

Das Grundrecht auf Verschlüsselung und auf freie Auswahl der Verschlüsselungsmethoden ist eine Ausprägung des Rechts auf Privatheit. Es muss auch vor Verfolgung schützen, die ihren Ausgang in der Nutzung von Verschlüsselungstechnologien nimmt.⁹⁴ Das Recht, sich der Überwachung zu widersetzen, ergänzt die verfassungsrechtlichen Begrenzungsnormen um ein Recht auf digitale Selbstverteidigung. In der Leistungsdimension führt dies zu einer – Staaten und ggf. auch Unternehmen betreffenden – Verpflichtung, die Nutzungsmöglichkeiten der Verschlüsselungstechnologie zu fördern.

Konsequenterweise betonen den auch die Mitglieder der Global Internet Liberty Campaign (GILC) in ihrer "Resolution in Support of the Freedom to Use Cryptography", dass das Recht auf ungestörte Nutzung von Verschlüsselungstechnologien eine Ausprägung des Rechts auf Privatheit darstellt.⁹⁵ Dass der rechtmäßige Zugang zu Verschlüsselungstechnologien und ein wirksamer Schutz der Nutzung der Verschlüsselungstechnik die Kernfragen bei der Durchsetzung des Rechts auf Privatheit darstellen, betonen sowohl die OECD Guidelines for Cryptography Policy⁹⁶ als auch die Internationale Arbeitsgruppe zu Datenschutz in der Telekommunikation (IWGDPT) in einer gemeinsamen Erklärung über Kryptographie.⁹⁷ Hier gilt es – der Menschenrechtsausschuss hat sich auch hierzu bislang leider in seiner Spruchpraxis nicht geäußert – anzuknüpfen, um den

⁹³ Edward Snowden zitiert nach Friedersdorf, Edward Snowden's Other Motive for Leaking, The Atlantic 13. Mai 2014. Jefferson formulierte bekanntlich: "In questions of power, then, let no more be heard of confidence in man, but bind him down from mischief by the chains of the Constitution."

⁹⁴ Siehe den Fall bei Rest Der Student, den die NSA bespitzelt, Frankfurter Rundschau 03. Juli 2014.

⁹⁵ Global Internet Liberty Campaign (GILC), Resolution in Support of the Freedom to Use Cryptography, September 25, 1996 (Appendix B); zum Verschlüsselungsrecht als "right to be anheard" nach US-Recht siehe Reiman The John Marshall Journal of Computer & Information Law 14 (1996), S. 325 ff.; aus deutscher Perspektive siehe Gerhards, (Grund-)Recht auf Verschlüsselung?, 2010.

⁹⁶ OECD Cryptography Policy Guidelines. Recommendation of the Council Concerning Guidelines For Cryptography Policy, 27. März 1997.

⁹⁷ Internationale Arbeitsgruppe zu Datenschutz in der Telekommunikation (IWGDPT) Common Statement on Cryptography, 12. September 1997.

Schutzgehalt des Art. 17 des UN-Zivilpaktes auf solche Formen der Konstitutionalisierung des Internet zu erstrecken.

Die Verschlüsselung modifiziert das panoptische Schema selbst und ermöglicht das Unsichtbarmachen der Kommunikation. Sie ist Teil einer Strategie der Einziehung von Brüchen, Sichtschutzmaßnahmen und -sperrern durch die *Chains of social Constitutions*, die Selbstbegrenzungsverfahren sozialer Systeme rechtlich abstützen. Letztlich lassen sich die Freiheitssicherungen, die Foucault in seiner Kritik am panoptischen Schema im Sinn hat,⁹⁸ nur durch eine Kombination von konstitutioneller Begrenzung und Sichtbarkeitsbrechung wirkungsvoll installieren; nur so lässt sich die Architektur des transnationalen Panoptikums selbst verändern; nur so dringt man zum Kern des Problems vor: dass die subtilen Mechanismen gesellschaftlicher Energien (hier der Internetkommunikation) zugleich freigesetzt und in ihren schädigenden Auswirkungen begrenzt werden müssen.

IV. Fazit

Der UN-Menschenrechtsausschuss hat in seinen abschließenden Bemerkungen zum Staatenbericht der USA essentielle Voraussetzungen für die Regulierung der globalen Kommunikationsstrukturen ins Gedächtnis gerufen. Er hat zu Recht die extritoriale Anwendbarkeit der Grundrechte herausgestellt sowie Gesetzesförmigkeit und Verhältnismäßigkeit auch für extritoriale Überwachungsmaßnahmen angemahnt.

Der Ausschuss verhandelt die aus der transnationalen Überwachungspraxis resultierenden Rechtsfragen allerdings allein im Hinblick auf die Frage, ob und inwiefern subjektive Abwehrrechte gegen staatliche Maßnahmen bestehen. Die Rechtsfragen um die Internetverfassung sind aber zu komplex, als dass sie allein in diesem Regelungsschema bearbeitet werden können. Die Suche nach zeitgemäßen Formen des Schutzes der Integrität kommunikativer Systeme und der Abwehr von Gefährdungen durch anonyme gesellschaftliche Matrices verlangt eine vertiefte Auseinandersetzung mit den weltgesellschaftlichen Strukturkonflikten. Die konstitutionelle Herausforderung ist es, die sachangemessene Freisetzung und Begrenzung gesellschaftlicher Energien auch außerhalb des politischen Systems der Gesellschaft zu ermöglichen. In der Konsequenz bedeutet das, dass einerseits ein Rahmen für die Horizontalwirkung der Grundrechte entwickelt werden muss und dass andererseits zugleich die demokratische Frage nach den Verfahren und Foren zu berücksichtigen ist, in denen die gesellschaftlichen Selbstnormierungsprozesse institutionalisiert werden können.

Internet und Mailkommunikation gibt es seit ca. dreißig Jahren. Wir werden die Begriffe und Konzeptionen des Jahrhunderte alten *ius inter gentes* des westfälischen

⁹⁸ Foucault (Fn. 7), S. 250 ff.

Staatensystems weiter entwickeln müssen, sofern wir wollen, dass dieses System auch in der transnationalen Konstellation die kontrafaktischen Erwartungen auf globaler Ebene strukturiert. Wenn das internationale Recht zum Kampf um die Internetverfassung etwas beitragen soll, dann gilt es, das Verständnis des internationalen öffentlichen Rechts im Hinblick auf die durch gesellschaftliche Kommunikationsmedien auch jenseits der Politik gebildeten transnationalen Gewaltformen weiterzuentwickeln. Die Regelungsbemühungen müssen die subjektivistischen und etatistischen Reduktionismen überwinden, um auch solche Problemkonstellationen in den Blick nehmen zu können, die bislang nur unzureichend in die dogmatischen Systematiken der Völkerrechtssubjektivität integriert werden können.