

©Vortrag aus Anlass der Verleihung des Whistleblower-Preises an Edward J. Snowden am Freitag, den 30. August 2013 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften in Berlin, Beginn 19h

Sperrfrist Fr. 30.8.2013, 21:30h

Josef Foschepoth

Überwachungsstaat Bundesrepublik Deutschland? Historische Grundlagen und notwendige Konsequenzen

Seit Wochen, inzwischen Monaten hält uns die NSA-Affäre in Atem. Geklärt ist wenig, aber vieles deutlicher geworden. Deutschland ist Partner und Angriffsziel des amerikanischen Geheimdienstes zugleich. Alles, was wir darüber wissen, verdanken wir dem „unpatriotischen Verhalten“, wie US-Präsident Obama es nannte, des hier und heute für sein mutiges Eintreten für Freiheit, Recht und Demokratie geehrten Edward Snowden. Die Affäre schockiert durch ihr gigantisches Ausmaß. 30 bis 60 Millionen Telefon- und Internetverbindungen sollen täglich allein in Deutschland abgehört worden sein. Das, was auf den ersten Blick als einmaliges Ereignis, noch nie dagewesener Verstoß gegen Recht und Gesetz erscheint, erweist sich bei genauerem Hinsehen lediglich als weiterer Höhepunkt einer über 60 jährigen Geschichte der Überwachung in Deutschland.

„Jeder Bürger landet im Netz der NSA“, titelten die Zeitungen im Herbst 1990, „Computer erlauben das Abfangen, das Abhören und das Auswerten aller Telefongespräche im Land.“ Und: „Washington will die deutsche Wirtschaft ausspionieren – und Bonn lässt es zu“. Ähnliche Schlagzeilen lassen sich auch für die Fünfziger-, Sechziger-, Siebziger- und Achtzigerjahre belegen. Schon im Februar 1989 bezeichnete der Spiegel die NSA als den aggressivsten US-Nachrichtendienst, der Freund und Feinde abhöre. „Von alliierten Sonderrechten ermächtigt und durch Gesetze geschützt, von allzeit schussbereiten Sicherheitskräften bewacht, von kamerabestückten Stacheldrahtzäunen und elektronischen Schutzschilden umhüllt, hat sich die NSA zu einer Monsterorganisation entwickelt, die in einem politischen Vakuum weitgehend nach eigenem Gutdünken operiert.“¹

„Von alliierten Sonderrechten ermächtigt und durch Gesetze geschützt“: So war und ist es von den Anfängen der Bundesrepublik bis heute. Seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges wird Deutschland systematisch überwacht. Von den Besatzungsmächten, den Alliierten und Freunden, allen voran den USA, aber auch von westdeutschen Behörden und Diensten. Zunächst mussten die ganz normalen Beamten

¹ Der Spiegel, 02.02.1989.

tun, was den westdeutschen Geheimdiensten noch nicht gestattet war. Die Postbeamten, Zollbeamten, Polizeibeamten, Staatsanwälte und Richter wurden angehalten aufgrund der Treuepflicht gegenüber dem Staat den Staatsschutz höher als den Schutz der Grundrechte zu gewichten. So wurden über 100 Millionen Postsendungen aus der DDR allein in den Jahren 1955 bis 1968 verfassungswidrig aus dem Verkehr gezogen. Auf dem Gebiet der Fernmeldeüberwachung arbeiteten die westdeutschen und alliierten Geheimdienste bereits früh - ebenfalls verfassungswidrig – eng zusammen. Überwacht wurden nicht nur Inlandsgespräche, Fernschreiben und Telegramme, sondern alle wichtigen Internationalen Leitungen von Ost- nach West-, von Nord- nach Südeuropa, einschließlich der transatlantischen Unterseekabel. Aufgrund völkerrechtlicher Verträge und Vereinbarungen, die alliiertes Besatzungsrecht in neuer Form bis in die Gegenwart fortschreiben, sind die Deutschen bis heute zu engster Zusammenarbeit, zum Austausch aller Informationen und zu strikter Geheimhaltung verpflichtet. Entstanden ist so ein geheimdienstlicher Überwachungskomplex, der an nationalen Grenzen längst keinen Halt mehr macht und kaum noch zu kontrollieren ist: weder durch die Exekutive, noch durch die Legislative und schon gar nicht durch die Judikative. Seit 1968 steht den Bürgerinnen und Bürgern unseres Landes - verfassungsrechtlich sanktioniert - der Rechtsweg zur Überprüfung von Überwachungsmaßnahmen nicht mehr offen.

Historische Grundlagen

Schauen wir uns diese eng verwobene deutsch-alliierte Entwicklung hin zu einem west- und gesamtdeutschen Überwachungsstaat etwas genauer an. Wichtige Etappen dieses historisch bedeutsamen Prozesses, der eng mit der Westeinbindung der Bundesrepublik verbunden ist, waren die Jahre 1955, 1968 und 1990. Jedes Mal wurden die Westdeutschen zu erheblichen Einschränkungen ihrer Rechtsstaatlichkeit und Souveränität gezwungen, um Überwachungen in alliierterem Interesse dauerhaft auf und von deutschem Boden aus zu ermöglichen. Für Konrad Adenauer hatte die Ablösung der Besatzungsherrschaft, für Willy Brandt die Öffnung zu einer neuen Ostpolitik und für Helmut Kohl die Vereinigung der beiden deutschen Staaten Priorität. Der Preis dafür waren: 1. eine immer enger werdende deutsch-alliierte Zusammenarbeit auf geheimdienstlichem Gebiet, speziell der Post- und Fernmeldeüberwachung; 2. das Recht der Siegermächte, von den alliierten militärischen Einrichtungen aus unbegrenzt und unkontrolliert eigenständige Überwachungsmaßnahmen durchzuführen.

„Deutschland wird nicht besetzt zum Zwecke seiner Befreiung, sondern als ein besiegter Feindstaat.“ So hieß es in der im Mai 1945 vom US-Kongress verabschiedeten und von Präsident Truman gebilligten Direktive für die amerikanischen Besatzungstruppen in Deutschland. Nie wieder sollte von Deutschland eine Gefahr für den Frieden in Europa und in der Welt ausgehen. Über einen gemeinsamen Weg

dahin konnten sich die Siegermächte jedoch nicht einigen. Bereits 1947 brach ein neuer, der Kalte Krieg zwischen Ost und West aus. Die USA sahen sich nun mit einem doppelten Konflikt konfrontiert, der eine neue Strategie verlangte. Die Politik der doppelten Eindämmung wurde entwickelt: die Eindämmung der alten deutschen Gefahr bei gleichzeitiger Eindämmung der neuen sowjetischen Gefahr. Die territoriale, wirtschaftliche, militärische und politische Eindämmung der einen sollte durch die der anderen Seite ergänzt und verstärkt werden. Wichtiges Instrument dieser Strategie, die in Europa nicht auf Eskalation, sondern auf Wahrung des Status quo zielte, wurde eine flächendeckende Überwachung des kommunistischen Herrschaftsbereichs und des westlichen Teils von Deutschland, einschließlich aller internationalen Kommunikationswege, die durch die 1949 gegründete Bundesrepublik gingen. Ziel war es, die Bundesrepublik zu einem verlässlichen Frontstaat des westlichen Bündnisses auf- und auszubauen. Auf dem Weg dahin wurde die Bundesrepublik zu dem am meisten überwachten Land Europas.

Von Anfang an drängten die drei Westmächte auf den Aufbau eines professionell arbeitenden deutschen Geheimdienstes. Ihre Sympathien galten vor allem der „Organisation Gehlen“, dem späteren BND, die auf eine Menge erfahrener Leute aus der NS-Zeit zurückgreifen konnte. Das Grundgesetz sollte entsprechend geändert und die Bundesregierung gesetzlich ermächtigt werden, die von den Besatzungsmächten durchgeführten Überwachungsmaßnahmen westdeutschen Geheimdiensten zu übertragen. Bedingung war, dass die deutschen Organisationen in der Lage sein würden, sämtliche Formen alliierter Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, von der Einzelüberwachung bis zur strategischen Überwachung ganzer Städte, Regionen und Länder zu übernehmen. Dazu waren jedoch zunächst weder der Bundesnachrichtendienst noch das Bundesamt für Verfassungsschutz in der Lage. Außerdem weigerte sich der zuständige Bundesminister des Innern, Gerhard Schröder, die politische Verantwortung für ein derart weitgehendes Gesetz zu übernehmen. In der Bevölkerung, im Parlament und in der Presse stöße ein solches Gesetz „auf breiteste Ablehnung“, schrieb Schröder an Bundeskanzler Adenauer. Allgemein werde erwartet, dass mit der Wiedererlangung der Souveränität die von den Besatzungsmächten ausgeübte Zensur ein Ende finde. Wenn bekannt würde, dass die Bundesregierung auf Druck der früheren Besatzungsmächte, die ausländische Zensur lediglich durch eine deutsche Zensur ersetze, würde sich die bisherige Kritik an den Besatzungsmächten künftig gegen die Bundesregierung wenden.²

1955

Als Bundeskanzler Adenauer im Oktober 1954 nach Paris fuhr, um mit den Außenministern der Drei

² Foschepoth, Überwachtes Deutschland, S. 164f.

Mächte über die Ablösung des Besatzungsregimes zu verhandeln, kam er mit leeren Händen. Ein Gesetz, das die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs erlaubte, wie von den Besatzungsmächten gefordert, hatte er nicht im Gepäck. Das hatte zur Folge, dass mit dem Ende der Besatzungsherrschaft entweder alle Überwachungsmaßnahmen eingestellt werden mussten oder nur unter Bruch der Verfassung fortgeführt werden konnten. Da die Siegermächte in dieser Frage eine besonders unnachgiebige Haltung einnahmen, entstand für den Kanzler eine schwierige Situation. Eine Lösung schien nur unter Umgehung des Grundgesetzes möglich zu sein. Wie sollte das geschehen? Adenauer ergriff die Initiative und schlug den Besatzungsmächten vor, sie sollten ihm einen Brief schreiben, in dem sie erklärten, dass sie sich das Recht auf Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs so lange vorbehalten würden, bis die Bundesregierung aufgrund eines deutschen Gesetzes ermächtigt sei, entsprechende Überwachungsmaßnahmen durchzuführen.

Die Stunde der Wahrheit, in der der junge westdeutsche Rechtsstaat seine Unschuld verlieren sollte, war gekommen. Kein Geringerer als der Bundeskanzler der Bundesrepublik Deutschland höchstpersönlich schlug den westlichen Mächten vor, das Grundrecht auf Unversehrtheit des Post- und Fernmeldegeheimnisses gar nicht erst wirksam werden und das Besatzungsrecht zur Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs weiter in Kraft zu lassen. Um der Alliierten Interessen willen und aufgrund der Unfähigkeit rechtzeitig ein verfassungskonformes Gesetz verabschieden zu lassen, war Adenauer bereit, wie neue Quellen belegen, die Verfassung zu brechen. Um dafür nicht die politische Verantwortung übernehmen zu müssen, durfte das neue Vorbehaltsrecht nicht in den gemeinsam ausgehandelten Westverträgen stehen, sondern sollte gleichsam als Diktat der Westmächte in einem einseitigen Schreiben der drei westlichen Außenminister an den Bundeskanzler formuliert werden. Damit verletzte der Kanzler ein zweites Mal die Verfassung, indem er das Mitwirkungsrecht des Deutschen Bundestags umging. Die Abgeordneten hatten keine andere Wahl, als sich dem neuen Überwachungsvorbehalt der Alliierten zu unterwerfen und eines Tages ein deren Vorstellungen entsprechendes deutsches Gesetz zu schaffen.

Das, was Adenauer den Abgeordneten nicht sagte, war, dass die Idee zur Schaffung eines neuen Vorbehaltsrechts von ihm stammte. Das Schreiben der drei westlichen Außenminister an den Kanzler war Wort für Wort mit ihm abgestimmt und von ihm genehmigt worden. Die Ablösung des alliierten Vorbehaltsrechts, daran ließen die Drei Mächte keinen Zweifel, war an die Beibehaltung unbeschränkter Überwachungsmöglichkeiten zu geheimdienstlichen Zwecken gekoppelt. So war Konrad Adenauer nicht nur der Gründungskanzler des deutschen Weststaates, sondern auch der Urvater des Überwachungsstaates Bundesrepublik Deutschland.

1968

1968: Ein Jahr, das wir gern mit einer tiefgreifenden Liberalisierung von Politik und Gesellschaft verbinden. Es war das wohl arbeitsintensivste Jahr der Großen Koalition unter Kurt Georg Kiesinger und Willy Brandt. Etliche Reformprojekte wurden auf den Weg gebracht und manche Altlasten der Adenauerzeit beseitigt. Hierzu zählten die Notstandsgesetzgebung und das Gesetz zur Beschränkung des Post- und Fernmeldegeheimnisses, das sogenannte G 10-Gesetz. Beide Gesetze waren nötig, um die von Adenauer mit den Alliierten ausgehandelten Vorbehaltsrechte, den Notstandsvorbehalt und den Überwachungsvorbehalt abzulösen. Mehr als 13 Jahre waren vergangen, ohne dass die Regierungen Adenauer und Erhard in der Lage gewesen wären, ein rechtsstaatlich einwandfreies Gesetz auf den parlamentarischen Weg zu bringen. Bei einer Mehrheit von deutlich mehr als Zwei-Drittel der Abgeordneten machte sich die Große Koalition ans Werk. Da konnten schon mal 100 Abgeordnete aus den eigenen Reihen dagegen stimmen, ohne die Verabschiedung zu gefährden. Die SPD-Führung wollte es jedenfalls wissen und ihre Regierungsfähigkeit unter Beweis stellen.

Das Ergebnis ist bekannt. Nicht nur die Notstandsgesetze, sondern auch das G 10-Gesetz wurde mit großer Mehrheit verabschiedet. „Die Vorbehaltsrechte nach Art. 5, Abs. 2 des Deutschlandvertrages erlöschen endgültig“, erklärte Außenminister Brandt im Deutschen Bundestag. Künftig würden „auf dem Gebiet der Post- und Fernmeldeüberwachung nicht mehr die Alliierten aufgrund des von ihnen vorbehaltenen Besatzungsrechts tätig werden, sondern deutsche Behörden aufgrund der sie bindenden deutschen Gesetze“³.

Tatsächlich wurde das Vorbehaltsrecht nach Deutschlandvertrag von 1955 abgelöst. Dort war jedoch nur allgemein von den „bisher innegehabten und ausgeübten Rechte“ zum Schutz der Sicherheit der alliierten Truppen die Rede. Ausgeführt wurden sie jedoch in Art. 4 des Truppenvertrags von 1955 und in Art.3 des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut von 1959, der bis heute gilt. Darin verpflichteten sich beide Seiten auf enge geheimdienstliche Zusammenarbeit und strikte Geheimhaltung, vor allem auf dem Gebiet der Überwachung, der „Sammlung, den Austausch und den Schutz aller Nachrichten, die für diese Zwecke von Bedeutung sind“⁴. Auf das Vorbehaltsrecht nach Deutschlandvertrag konnten die Drei Mächte ruhig verzichten, die unbeschränkte Fortführung der Überwachung war längst durch einen anderen völkerrechtlichen Vertrag, das Zusatzabkommen zum NATO-Vertrag dauerhaft gesichert. Das erwähnte Willy Brandt in seiner Rede vor dem Deutschen Bundestag jedoch nicht.

³ Foschepoth, Überwachtes Deutschland, S. 192.

⁴ Foschepoth, Überwachtes Deutschland, Dokument Nr. 8, S.284.

Durch das G10-Gesetz von 1968 war die Situation für die Alliierten keineswegs schlechter, sondern eher komfortabler geworden. Und das aus drei Gründen:

1. Mit dem G 10-Gesetz konnten zum ersten Mal auch die westdeutschen Geheimdienste in Sachen Post- und Fernmeldeüberwachung umfassend tätig werden. Dadurch stieg das Volumen der deutsch-alliierten Überwachungen erheblich an. In einem Verbund von Bundes- und Landesämtern für Verfassungsschutz, BND und MAD wurde die Bundesrepublik mit einem Netz von Überwachungsstellen überzogen, das im Bedarfsfall eine flächendeckende Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs ermöglichte. Die deutschen Geheimdienste waren durch inzwischen mehrfach abgesicherte Vereinbarungen verpflichtet, alle wichtigen Erkenntnisse, Informationen und Daten den westlichen Geheimdiensten zur Verfügung zu stellen. Nach der gesetzlichen Regelung bekamen die Drei Mächte deutlich mehr Material als je zuvor.

2. Nach dem G 10-Gesetz durften die Alliierten auch weiterhin eigene Überwachungsmaßnahmen durchführen bzw. durchführen lassen. Dies geschah jetzt auf Antrag über die westdeutschen Geheimdienste, die zu Dienstleistern ihrer westlichen Kollegen wurden. Zuständig für die Alliierten in Sachen Postüberwachung war der Verfassungsschutz, in Sachen Fernmeldeüberwachung der BND. Die Anträge wurden an eine, lediglich mit vier Personen besetzte sog. G 10-Kommission des Deutschen Bundestages weitergeleitet und in der Regel anstandslos genehmigt. Danach lösten die westdeutschen Dienste über die Bundespost die Überwachungsmaßnahmen für die Alliierten aus und leiteten das gewonnene Material zur Auswertung an die Amerikaner, Briten oder Franzosen weiter. An weitere gesetzliche Auflagen fühlten sich insbesondere die Amerikaner nicht gebunden, wie die Akten zeigen.

3. Die alliierten Geheimdienste konnten auch in Zukunft eigenständig tätig werden und mussten sich keineswegs auf die Dienstleistungen der westdeutschen Geheimdienste beschränken. Als Rechtsgrundlage diente das Selbstverteidigungsrecht der alliierten Truppen auf deutschem Boden. Wie Konrad Adenauer 1954 musste auch Willy Brandt 1968 in einer Zusatz-Note zum G 10-Gesetz das Selbstverteidigungsrecht der alliierten Truppen in der Bundesrepublik als völkerrechtlich sanktioniertes und damit Teil des deutschen Rechts anerkennen und bestätigen. Danach war jeder Militärbefehlshaber in der Bundesrepublik unabhängig von den sonstigen gesetzlichen Regelungen ermächtigt, „im Falle einer unmittelbaren Bedrohung seiner Streitkräfte die angemessenen Schutzmaßnahmen“⁵ zu ergreifen.

⁵ Foschepoth, Überwachtes Deutschland, Dokument Nr. 18b, S. 298.

Mit dieser Generalvollmacht für die Oberkommandierenden der Truppen waren alle „Schutzmaßnahmen“ von der präventiven Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs über die unmittelbare geheimdienstliche Tätigkeit bis zum Gebrauch von „Waffengewalt“ abgedeckt. Im Klartext bedeutete dies: Solange es auf deutschem Boden alliierte Truppen, militärische Standorte und Einrichtungen gibt, wird es auf deutschem Boden und von deutschem Boden aus alliierte, insbesondere amerikanische Überwachungsmaßnahmen geben. Dass derartige Schutzmaßnahmen, sprich Überwachungen, auch von außerhalb erfolgen können, muss bei dem heutigen Stand der Technik und angesichts der aktuellen NSA-Affäre nicht eigens betont werden.

Was hatte das G 10-Gesetz gebracht? Ein mehr an Souveränität und Rechtsstaatlichkeit, wie Willy Brandt im Deutschen Bundestag betonte? Nein: Da die Alliierten die bisherigen Überwachungsmaßnahmen nicht nur ungebremst, sondern auch unkontrolliert fortsetzen wollten, hatten sie wie immer auch jetzt auf strikter Geheimhaltung bestanden. Diese Forderung war ohne eine grundlegende Änderung des Grundgesetzes oder, um es deutlicher zu sagen, eine schwere Beschädigung des Grundgesetzes, nicht umzusetzen. So erhielt Artikel 10, der die Unverletzlichkeit des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses garantiert, den Zusatz, dass aus Gründen des Staatsschutzes eine entsprechende Beschränkung dieses Grundrechtes nicht nur möglich sei, sondern auch den Betroffenen das Recht auf Information und Überprüfung der geheimdienstlichen Überwachung vor einem ordentlichen deutschen Gericht genommen wurde.

„Dient die Beschränkung dem Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes, so kann das Gesetz bestimmen, dass sie dem Betroffenen nicht mitgeteilt wird und dass an die Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt.“⁶

So steht es bis heute in unserem Grundgesetz. Mit dieser Grundgesetzänderung wurde im Interesse der Geheimhaltung geheimdienstlicher Überwachung die Gewaltenteilung aufgehoben, die Judikative ausgeschaltet, die Legislative auf eine vierköpfige G 10-Kommission reduziert, die nicht einmal den Fraktionsvorsitzenden berichten durfte. Mit der Beseitigung der Unverletzlichkeit des Post- und Fernmeldegeheimnisses wurde nicht nur das Grundrecht nach Artikel 10 GG eingeschränkt, sondern auch das für einen Rechtsstaat fundamentale Recht, staatliches Handeln vor Gericht auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüfen zu lassen, wie im GG Art. 19, 4 grundgelegt ist:

⁶ GG Art.10 Abs.2.

„Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.“⁷

Durch die Verfassungsänderung von 1968 war also nicht nur das Post- und Fernmeldegeheimnis, sondern auch das Recht auf gerichtlichen Schutz bei Verletzung der Rechtssphäre durch die öffentliche Gewalt berührt. Die Frage, inwieweit der Wesensgehalt der Grundrechte nach Artikel 19, 2 angetastet worden sei, wurde in einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15. 12. 1970 mit einer knappen Mehrheit von fünf zu drei Stimmen verneint. Die drei überstimmten Bundesverfassungsrichter schrieben daraufhin in ihr abweichendes Votum den denkwürdigen Satz: „Es ist ein Widerspruch in sich selbst, wenn man zum Schutz der Verfassung unveräußerliche Grundsätze der Verfassung preis gibt.“⁸

1990

Die Bedeutung des Jahres 1990 für die Geschichte der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs in der Bundesrepublik ist schnell erklärt. Alles, was in 40 Jahren Bundesrepublik an deutsch-alliierten Verträgen und Vereinbarungen, deutschen Gesetzen, Regelungen und Erfahrungen zum Aufbau eines im Geheimen operierenden Überwachungsstaates angefallen war, wurde als Erbmasse in die deutsch-deutsche Vereinigung eingebracht. Die Forderung der damaligen oppositionellen SPD an die Regierung Kohl/Genscher dafür zu sorgen, dass mit der Herstellung der Einheit Deutschlands sämtliche Überwachungen des Post- und Fernmeldeverkehrs in der Bundesrepublik und nicht nur die der Sowjetunion, sondern auch die der USA eingestellt würden, wurde ebenso wenig beachtet, wie die Forderung nach Überprüfung und ggf. Kündigung entsprechender Verträge und Vereinbarungen. Harald Schäfer, Staatsminister im Auswärtigen Amt, bestätigte stattdessen, dass die Aktivitäten der als militärische Einheiten organisierten US-Geheimdienste auf dem Aufenthaltsvertrag vom 23.10.1954 und den Zusatzvereinbarungen zum NATO-Truppenstatut von 1959 basierten, die in der revidierten Form von 1994 bis heute gültig sind. „Für die Anwendung der genannten Verträge auf die in der Bundesrepublik Deutschland stationierten Streitkräfte der Verbündeten“, so der Staatsminister weiter, „kommt es allerdings nicht darauf an, ob und in welchem Grad sie in die militärische Befehlsstruktur der NATO eingebettet sind.“⁹

Bevor ich abschließend einige Überlegungen zu notwendigen Konsequenzen aus meinen historischen Betrachtungen anstellen möchte, lassen Sie mich das Gesagte in vier Punkten kurz zusammenfassen:

⁷ GG, Art. 19, Abs. 4. 1968 ergänzt um den Zusatz: „Artikel 10 Abs. 2 bleibt unberührt.“

⁸ BVerfGE 30 (15.12.1979), S. 46.

⁹ Foschepoth, Überwachtes Deutschland, S. 249.

1. Die Geschichte der Bundesrepublik Deutschland ist nicht nur die Geschichte einer gelungenen Demokratie. Sie ist auch die Geschichte einer fortgesetzten Umgehung, Missachtung und Verletzung grundlegender verfassungsmäßiger und rechtsstaatlicher Prinzipien.
2. Die Geschichte der Überwachung der Bundesrepublik ist eine Geschichte der engsten Zusammenarbeit zwischen den alliierten und deutschen Geheimdiensten. Sie sind miteinander groß geworden und aneinander gewachsen. So ist im Westen ein gigantischer geheimdienstlicher Komplex entstanden.
3. Die Geschichte der Überwachung ist die Geschichte der machtpolitischen Eindämmung und Selbsteindämmung der Bundesrepublik. So wurde die Bundesrepublik zum wichtigen Frontstaat im Kalten Krieg und zum machtpolitischen Zentrum im vereinten Europa. Das machte die Bundesrepublik zum am meisten überwachten Land in Europa.
4. Der kurze Weg nach Westen prägte die äußere und innere Entwicklung, begrenzte die Souveränität mit nachhaltigen positiven, aber auch negativen Folgen für die rechtsstaatliche Entwicklung wie die Geschichte des überwachten Deutschlands zeigt. Die Grundrechte haben nur da noch eine Bedeutung, wo sie dem staatlich definierten Sicherheitsinteresse nicht im Wege stehen.

Notwendige Konsequenzen

Was sind die notwendigen Konsequenzen, die aus der Geschichte des überwachten Deutschlands zu ziehen sind?

Der Rechtsstaat wurde aus der leidvollen Erfahrung erfunden, dass Macht immer dazu neigt, missbraucht zu werden. Ein Rechtsstaat ist ein Staat, der sich in seinem Handeln dem Recht unterwirft. Das reicht jedoch für einen freiheitlichen und demokratischen Rechtsstaat nicht aus. Wesen eines solchen Staates ist vielmehr die Anerkennung überpositiven Rechts, der Menschen- und Grundrechte. Die Grundrechte sind die obersten Prinzipien der gesamten Rechtsordnung. „Die Grundrechte sind Abwehrrechte des Einzelnen vor Übergriffen des Staates“, schrieb das Bundesverfassungsgericht schon 1958 in seinem berühmten Lüth-Urteil. Sie erschöpfen sich aber nicht darin, wie die Richter schrieben „sondern gebieten auch, Schutzvorkehrungen zu treffen, sobald die Freiheit von 3. Seite bedroht wird“¹⁰.

Man könnte Urteil an Urteil reihen, um weitere schöne Sätze für einen Festvortrag über die Bedeutung der Grundrechte zu finden. Die Wirklichkeit staatlichen Handelns sah und sieht anders aus. Wir brau-

¹⁰ BVerfGE 7, 198, (15.01.1958).

chen dringend – und das wäre schon die erste notwendige Konsequenz - eine politische und gesellschaftliche Debatte, die unsere Verfassung vom Kopf wieder auf die Füße stellt und das, was oben ist auch wirklich als höchsten zu schützenden Wert benennt. Nicht die Sicherheit des Staates oder das, was man dafür hält, sind die höchsten Werte unserer Verfassung, sondern die Grundrechte und Grundfreiheiten der Bürgerinnen und Bürger, von denen alle Macht im Staate ausgeht. Ziel einer solchen Debatte müsste die Einrichtung einer Enquete Kommission zum Schutz der Grundrechte und des Staates, zu Verfassung und Verfassungswirklichkeit, zum Verhältnis von Freiheit und Sicherheit sein.

Hieraus ergibt sich eine zweite notwendige Konsequenz: die Überprüfung sicherheitsrelevanter Gesetze, Verträge und Vereinbarungen einschließlich noch gültiger geheimer Zusatzvereinbarungen auf ihre Vereinbarkeit mit den grundlegenden verfassungsrechtlichen und rechtsstaatlichen Prinzipien. Dies gilt insbesondere für die Fortgeltung alliierter Rechts und alliierter Interessen in deutschen Gesetzen. Ein Beispiel: Artikel 38 des Zusatzvertrags zum NATO-Truppenstatut verpflichtet bis heute zur Gleichbehandlung alliierter und deutscher Amtsgeheimnisse und zu strikter Geheimhaltung. Droht ein derartiges Geheimnis etwa im Rahmen eines Gerichtsverfahrens bekannt zu werden, ist der amerikanische Geheimdienst befugt, unmittelbar auf die deutsche Justiz einzuwirken. Erhebt die NSA in einem derartigen Fall Einwände, „so trifft das Gericht oder die Behörde alle in ihrer Macht stehenden Maßnahmen ..., um die Preisgabe zu verhüten“¹¹.

Hieraus ergibt sich die dritte, wohl wichtigste Konsequenz hinsichtlich der Wiederherstellung verfassungsrechtlicher und rechtsstaatlicher Prinzipien: Die im Mai 1968 beschlossene Änderung von Artikel 10 GG muss dringend revidiert werden. Der damals ergänzte Absatz 2 dürfte nach heutiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - im Unterschied zur 5:3-Entscheidung von 1970 – eine gewisse Chance haben, als verfassungswidrig zurückgewiesen zu werden. Und zwar wegen der Bestimmung, dass Überwachungsmaßnahmen zu geheimdienstlichen Zwecken „dem Betroffenen nicht mitgeteilt“ zu werden brauchen und „dass an die Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt“¹².

Die Nichtinformation der Betroffenen und die Ausschaltung des Rechtsweges sind ihrem Wesen nach verfassungswidrig. Mit Beschluss zur „Neuregelung strafprozessualer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen“ vom 7. Dezember 2011 stellte das Bundesverfassungsgericht fest:

¹¹ Foschepoth, Überwachtes Deutschland, Dokument Nr. 8, S. 284.

¹² Foschepoth, Überwachtes Deutschland, Dokument Nr. 36, S. 322f.

„Der Anspruch auf Benachrichtigung von verdeckten Ermittlungsmaßnahmen gehört zu den wesentlichen Voraussetzungen effektiven Grundrechtsschutzes. Ohne zumindest nachträgliche Kenntnis können die Betroffenen weder eine Unrechtmäßigkeit der durchgeführten Ermittlungsmaßnahme noch etwaige Rechte auf Löschung, Berichtigung oder Genugtuung geltend machen.“¹³

Wenn ein Anspruch auf „Kenntniserlangung“ von Überwachungsmaßnahmen besteht, dann kann der grundgesetzlich garantierte Anspruch auf rechtliche Überprüfung behördlicher Entscheidung auf dem Rechtsweg nicht mehr verweigert werden. Die Entscheidung einer im Geheimen tagenden vierköpfigen G 10-Kommission kann die Entscheidung eines ordentlichen Gerichtes nicht ersetzen. Die Aufhebung der Gewaltenteilung ist eine fundamentale Beeinträchtigung und Verletzung des Rechtsstaates ist. Die Verweigerung der Information der von Überwachungsmaßnahmen Betroffenen ist ebenso wie der Ausschluss des Rechtsweges verfassungswidrig und muss aus Artikel 10 Grundgesetz getilgt werden.

Wird Artikel 10, Abs. 2 als verfassungswidrig erkannt, ist die Revision des G 10-Gesetzes und des Zusatzabkommens zum Nato-Truppenstatut ebenfalls unerlässlich. Ein wirksamer Schutz der Grundrechte, so das Fazit, ist nur durch eine Wiederherstellung der Gewaltenteilung im Bereich der Überwachung zu geheimdienstlichen Zwecken möglich – durch eine Wiederherstellung und Stärkung der gerichtlichen, aber auch der parlamentarischen Kontrolle, des Parlaments insgesamt, aber auch des einzelnen Abgeordneten.

Und damit wäre ich bei der vierten und letzten notwendigen Konsequenz, der Stärkung der Gewissensentscheidung der Abgeordneten des Deutschen Bundestages. Auch hier hilft der Blick in die Geschichte. Im Strafgesetzbuch befand sich vom 1. Strafrechtsänderungsgesetz von 1951 bis zum 8. Strafrechtsänderungsgesetz im Juni 1968 - man beachte die zeitgleiche Beratung und Beschlussfassung mit der Notstands- und Überwachungsgesetzgebung – ein § 100 (Landesverrat), der im dritten Absatz folgende bemerkenswerte Regelung enthielt:

„Ein Abgeordneter des Bundestages, der nach gewissenhafter Prüfung der Sach- und Rechtslage und sorgfältiger Abwägung der widerstreitenden Interessen, sich für verpflichtet hält, einen Verstoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung des Bundes oder eines Landes im Bundestag oder in einer seiner Ausschüsse zu rügen, und dadurch ein Staatsgeheimnis öffentlich bekannt macht, handelt nicht rechts-

¹³ BVerfG, 12.10.2011 - 2 BvR 236/08

widrig, wenn er mit der Rüge beabsichtigt einen Bruch des Grundgesetzes oder der Verfassung eines Landes abzuwehren.“¹⁴

Dieser Paragraph wurde 1968 ersatzlos gestrichen, nachdem sich die Besatzungsmächte und die Bundesregierung bereits 1954 im Truppenvertrag darauf verständigt hatten, dass die Abgeordneten-Regelung auf militärische Geheimnisse, keine Anwendung findet.¹⁵ Da für die Amerikaner alle geheimdienstlichen Geheimnisse militärische Geheimnisse waren und sind, galt und gilt diese Regelung auch und vor allem für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, des E-Mail- und Internetverkehrs und welcher Form der elektronischen Kommunikation auch immer. Es ist schon bemerkenswert, was auf dem Weg zum Überwachungsstaat Bundesrepublik Deutschland auf der Strecke geblieben ist.

Ein Staat, dessen Exekutive vom Tun und Lassen seiner Geheimdienste nichts weiß und somit nicht kontrolliert, dessen Legislative eine wirksame Kontrolle in Form einer vierköpfigen G 10-Kommission und 11 köpfigen Parlamentarischen Kontrollkommission gar nicht wirklich ausüben kann und darf, dessen Gerichte von einer unabhängigen Kontrolle per Gesetz und Verfassung ausgeschlossen sind, und deren Parlamentarier sogar ein Verfahren wegen Landesverrats riskieren, wenn sie ein geheimdienstliches Geheimnis öffentlich machen, um einen Bruch des Grundgesetzes zu verhindern, ein solcher Staat hat in Sachen Überwachung zu geheimdienstlichen Zwecken seinen freiheitlichen, demokratischen und rechtsstaatlichen Charakter verloren und ist ein Überwachungsstaat geworden.

Ein Einzelner, dessen Mut und Einsatz für Freiheit, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit wir heute ehren, hat uns wachgerüttelt. Jetzt ist es Aufgabe der Zivilgesellschaft daraus Konsequenzen zu ziehen und den vielleicht wichtigsten Satz unserer Verfassung wieder voll zur Geltung zu bringen: Die Grundrechte sind „unmittelbar geltendes Recht“¹⁶.

Prof. Dr. Josef Foschepoth ist Historiker an der Universität Freiburg und Autor des Buches: „Überwachtes Deutschland. Post- und Fernmeldeüberwachung in der alten Bundesrepublik“, Verlag Vandenhoeck & Ruprecht Göttingen, 3. Auflage 2013.

http://www.v-r.de/de/title-0-0/ueberwachtes_deutschland-1007436/

Ein Abdruck des ganzen oder überwiegenden Teils des Manuskriptes ist nur nach vorheriger Zustimmung möglich:

josef.foschepoth@geschichte.uni-freiburg.de

©Josef Foschepoth

¹⁴ BGBl I (1951), S. 742.

¹⁵ BGBl II, 1955, Anhang A und B zum Truppenvertrag, S.373.

¹⁶ GG, Art. 1, Abs. 3.