



Article scientifique

Article

2021

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Die schweizerische Neutralität und der Fall Crypto AG

Sassòli, Marco

How to cite

SASSÒLI, Marco. Die schweizerische Neutralität und der Fall Crypto AG. In: Swiss Review of International and European Law, 2021, n° 4, p. 523–540.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:166084>

Die schweizerische Neutralität und der Fall Crypto AG

Marco Sassòli*

Recently it appeared that a Swiss company, Crypto AG, was owned by US secret services and supplied to other States encryption machines, including to enemies of the US in international armed conflicts, which allowed the US, in connivance with Swiss secret services, to have access to the messages sent through those machines. The law of neutrality is so outdated that it can be only applied with great difficulties to such conduct. One may however consider that Switzerland violated its obligations, in particular that of impartiality in military and security matters, but only if the State importing the machines was engaged in an international armed conflict with the US while receiving the machines or related services by Crypto AG. The conduct of the Swiss secret services was nevertheless contrary to Swiss neutrality policy, because it seriously jeopardized the credibility and predictability of the permanent Swiss neutrality.

Keywords: Neutrality – Switzerland – Encryption – Espionage – Impartiality – Telegraphic stations

Schlagwörter: Neutralität – Schweiz – Chiffriergeräte – Spionage – Unparteilichkeit – Telegraphenstationen

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Faktenlage
- III. Neutralitätsrecht und Neutralitätspolitik
- IV. Der zeitliche und persönliche Anwendungsbereich des Neutralitätsrechts
- V. Mögliche Unvereinbarkeiten mit dem Neutralitätsrecht, falls es anwendbar war
 - A. Verbot der Lieferung von Kriegsmaterial
 - B. Verbot, funkentelegraphische Stationen der Kriegführenden auf neutralem Territorium zu dulden
 - C. Verbot, Nachrichtendienst zugunsten von Kriegführenden auf neutralem Territorium zu tolerieren
 - D. Grundsatz der Unparteilichkeit
- VI. Neutralitätspolitische Beurteilung
- VII. Ergebnis

I. Einleitung

Die Öffentlichkeit hat vor einem Jahr erfahren, dass die Crypto AG jahrelang mit Wissen der schweizerischen Geheimdienste Chiffriergeräte an Drittstaaten geliefert hat, welche den US-amerikanischen Geheimdiensten erlaubten, Zugang zu den damit chiffrierten Nachrichten zu haben. Dies hat landesrechtliche und organisato-

* Professor für Völkerrecht an der Universität Genf.

rische Fragen aufgeworfen, mit denen sich die Geschäftsprüfungskommission der eidgenössischen Räte in einem Bericht befasst hat. Dieses Verhalten der Geheimdienste, welches natürlich der Schweiz zurechenbar ist, wirft aber auch die völkerrechtliche Frage auf, ob dieses Verhalten mit der schweizerischen Neutralität vereinbar war. Die Beantwortung dieser Frage zeigt wieder einmal, wie wenig das wesentlich aus dem Jahr 1907 stammende Neutralitätsrecht den heutigen technischen, wirtschaftlichen und politischen Gegebenheiten entspricht. Trotzdem muss dieses Verhalten an den Regeln des Neutralitätsrechts und den Regeln der Neutralitätspolitik, welche sich die Schweiz selbst gegeben hat, gemessen werden. Wie alle Regeln können auch diese in diesem Zusammenhang zeitgemäss ausgelegt werden. Dies will dieser Beitrag tun, ohne die Kontroversen und Unzulänglichkeiten des Neutralitätsrechts zu verschweigen, noch die Widersprüche der schweizerischen Neutralitätspolitik.

II. Faktenlage

Aufgrund öffentlich zugänglicher Informationen über den Fall Crypto AG, insbesondere dem Bericht der Geschäftsprüfungskommission¹ und Medienberichten,² kann davon ausgegangen werden, dass schweizerische Geheimdienste seit 1993 wussten, dass die Crypto AG dem US-amerikanischen Geheimdienst CIA gehörte und 130 Staaten, darunter Ägypten, Argentinien, Chile, dem Heiligen Stuhl, Irak, Iran und Libyen, in der Schweiz hergestellte Chiffriergeräte verkaufte, welche auch zur Übermittlung militärischer oder sonst wie sensibler Daten benutzt wurden, aber absichtlich so hergestellt waren, dass die USA Zugang zu diesen Nachrichten hatten, was dem Käufer verborgen blieb. Die schweizerischen Geheimdienste hatten Zugang zu gewissen dieser Nachrichten und liessen die Crypto AG dafür bis 2018 gewähren. Unbekannt ist, wann welche Länder diese Geräte erhielten, womit nicht feststeht, dass sie Geräte auch während eines internationalen bewaffneten Konflikts mit den USA erhielten. Ebenso wenig wissen wir, ob die Crypto AG während eines solchen Konflikts Kundendienst leistete, ob dies teilweise auch in der Schweiz geschah und ob diese Kundendienste auch zur Möglichkeit der USA beitrugen, Zugang zu den Nachrichten zu haben. Es ist wahrscheinlich, aber nicht sicher, dass der Zugang der USA zu den Geheimnissen direkt und nicht über die Crypto AG und Schweizer Gebiet erfolgte. Hier braucht nicht auf die BRD eingegangen werden, deren Geheim-

1 Fall Crypto AG, Bericht der Geschäftsprüfungskommission der Eidgenössischen Räte, vom 2. November 2020, online: <www.parlament.ch/centers/documents/de/bericht-gpdel-2020-11-10-d.pdf> (zuletzt besucht am 7. Juni 2021).

2 Siehe insb. OLIVER ZIHLMANN & RES STREHLE, «Cryptoleaks: Wo die Geheimdienste überall mithörten», Tagesanzeiger, 12. Februar 2021; KURT PELDA, «Alles wurde abgehört», ebenda, 16. Februar 2021.

dienste bis 1993 ebenfalls an der erwähnten Konstruktion beteiligt waren, da die BRD während dieser Zeit nicht Partei eines internationalen bewaffneten Konflikts war, auf den das Neutralitätsrecht ja ausschliesslich anwendbar ist.

III. Neutralitätsrecht und Neutralitätspolitik

Die Schweiz als dauernd neutraler Staat unterscheidet zwischen dem im Völkerrecht niedergelegten Neutralitätsrecht und ihrer Neutralitätspolitik. Die völkerrechtlichen Pflichten der Neutralen regeln das Verhalten im Kriegsfall. Sie sind in den Haager Abkommen V (im Landkrieg)³ und XIII (im Seekrieg)⁴ von 1907 geregelt, welche heute Völkergewohnheitsrecht sind, aber in verschiedener Hinsicht veraltet sind und den militärischen, politischen und wirtschaftlichen Realitäten des 21. Jahrhunderts nicht mehr entsprechen, womit sich auch das Völkergewohnheitsrecht in schwer festzustellendem und umstrittenem Mass weiterentwickelt hat. Insbesondere gab es 1907 noch kein (zugegebenermassen auch heute noch nicht befriedigend funktionierendes) System der kollektiven Sicherheit, war Krieg als Mittel internationaler Beziehungen noch nicht verboten⁵ und es gab entsprechend dem damaligen Liberalismus eine strenge Unterscheidung zwischen privater und staatlicher Tätigkeit, was zumindest in der Waffenherstellung und -ausfuhr nicht mehr heutigen Realitäten entspricht. Obwohl das Neutralitätsrecht unklar und in vielen Punkten veraltet ist, käme noch nicht einmal ein Schweizer Völkerrechtsprofessor auf die Idee, dessen Revision in neuen internationalen Verträgen vorzuschlagen. Bekanntlich ist die internationale Gemeinschaft gegenwärtig unfähig, viel wichtigere Rechtsgebiete in Verträgen an die heutigen Gegebenheiten anzupassen. Auch haben nur noch wenige Staaten ein Interesse am Neutralitätsrecht.

Immerhin hat die Schweiz ihre Auslegung des Neutralitätsrechts in einigen Punkten an den heutigen völkerrechtlichen Rahmen angepasst. So sind sich die Schweiz und die heutige Lehre einig, dass die Neutralität nicht auf bewaffnete Kon-

3 Abkommen betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkriegs, vom 18. Oktober 1907, SR 0.515.21, französischer Originaltext in Martens, Nouveau recueil général des traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international, troisième série, Bd. III, 504–532 (V. Haager Abkommen).

4 Abkommen betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte im Falle eines Seekriegs, vom 18. Oktober 1907, SR 0.515.22, französischer Originaltext in Deuxième Conférence internationale de la Paix, La Haye 15 juin–18 octobre 1907, Actes et Documents, La Haye, 1907, Bd. I, 680–686 (XIII. Haager Abkommen).

5 Bericht über die Aussenpolitik der Schweiz in den 90er Jahren Anhang: Bericht zur Neutralität vom 29. November 1993, Bundesblatt 1994 I 214.

flikte anwendbar ist, zu deren Führung eine Kriegspartei vom UNO-Sicherheitsrat ermächtigt wurde.⁶

Als dauernd Neutraler verpflichtet sich die Schweiz, in jedem kommenden Konflikt, wer auch immer die Kriegsparteien seien, wann und wo auch immer ein Krieg ausbrechen möge, neutral zu bleiben.⁷ Dies führt zu einer besonderen Neutralitätspolitik. Der Begriff der Neutralitätspolitik bezeichnet gemäss Bundesrat «die Gesamtheit der Massnahmen, die der dauernd neutrale Staat in Eigeninitiative und ungeachtet der mit dem Neutralitätsrecht verbundenen Verpflichtungen ergreift, um die Wirksamkeit und Glaubwürdigkeit seiner Neutralität zu gewährleisten. [...] Eine glaubwürdige und kohärente Neutralitätspolitik dient vor allem dazu, die anderen Staaten von der Fähigkeit und Bereitschaft des betreffenden Staates zu überzeugen, sich im Falle künftiger bewaffneter Konflikte neutral zu verhalten.»⁸

Die Neutralitätspolitik ist von der Schweiz gewählt und soll sicherzustellen, dass sie keine Verpflichtungen eingeht, die sie dem Risiko aussetzen, in einen Konflikt hineingezogen zu werden. Die Schweiz «muss die Freiheit wahren, jederzeit in völliger politischer und militärischer Unabhängigkeit über die von ihm als notwendig erachteten Massnahmen entscheiden zu können. Damit bleibt [ihr] Verhalten als Neutraler berechenbar».⁹ In seinem Bericht zur Neutralität von 1992 hielt der Bundesrat «eine Anpassung der Neutralitätspolitik an die heutigen Verhältnisse für notwendig.»¹⁰ Die Neutralitätspolitik hat sich denn auch in den letzten 30 Jahren stark verändert, noch viel mehr als die schweizerische Auslegung des Neutralitätsrechts.

IV. Der zeitliche und persönliche Anwendungsbereich des Neutralitätsrechts

Neutralitätsrecht ist nur auf und während internationaler bewaffneter Konflikte zwischen Staaten anwendbar. Traditionell wird auch behauptet, dass es nur auf Kriege im Rechtssinne anwendbar ist, was je nach Definition des Krieges zutreffen mag.¹¹ Dieser Begriff ist aber im Völkerrecht heute nicht mehr gebräuchlich. Trotzdem wird er in diesem Beitrag, insb. in Verbindungen wie «Kriegführende» und «Kriegs»parteien der Einfachheit und Anschaulichkeit wegen benutzt. Gemeint ist

6 Ebenda, 225–231; Aussenpolitischer Bericht des Bundesrats, Juni 2007, vom 15. Juni 2007, Anhang 1, Neutralität, Bundesblatt 2007 5561; PAUL SEGER, «The Law of Neutrality», in: A. Clapham & P. Gaeta (Hg.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford 2014, 262.

7 SEGER, *ibid.*, 259.

8 Bericht 2007, *supra* Fn. 6, 5558.

9 Bericht 1993, *supra* Fn. 5, 208.

10 *Ibid.*

11 MICHAEL BOTHE, «Neutrality, Concept and General Rules» (2015), Rz. 20, in: R. Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <<https://opil.ouplaw.com/home/mpi>> (zuletzt besucht am 7. Juni 2021).

aber immer ein internationaler bewaffneter Konflikt im Sinne des Neutralitätsrechts. Dessen Begriff ist im Neutralitätsrecht enger als im humanitären Völkerrecht¹² und umfasst nur zwischenstaatliche Konflikte mit einer gewissen Dauer und Intensität.¹³ Der Bundesrat ist auch der unbelegten Auffassung, dass das Neutralitätsrecht während einer aus einem internationalen bewaffneten Konflikt resultierenden kriegesischen Besetzung nicht mehr anwendbar ist.¹⁴ Dies mag für Waffenexporte wünschbar sein, widerspricht aber dem Begriff des internationalen bewaffneten Konflikts im humanitären Völkerrecht, der auch militärische Besetzungen umfasst.¹⁵ Der Bundesrat erwähnt keinerlei Staatenpraxis für die Behauptung, der neutralitätsrechtliche Begriff sei in diesem Punkt ein anderer.

Damit fallen für die neutralitätsrechtliche Beurteilung der Crypto-Affäre mögliche interne bewaffnete Konflikte (z.B. Chile im Jahre 1973) und internationale Spannungen (die Geiselnahme Irans im Jahre 1979 und die darauffolgenden Spannungen zwischen den USA und Iran) ausser Betracht. Ausserdem betrifft das Neutralitätsrecht nur Verhalten von Neutralen gegenüber Kriegführenden (oder von Kriegführenden gegenüber Neutralen). Beziehungen des Neutralen mit nichtkriegführenden Staaten unterliegen selbst während eines Krieges nicht dem Neutralitätsrecht, also z.B. das Verhalten der Schweiz gegenüber den USA während des Krieges zwischen Iran und Irak oder dem Falklandkrieg. Ebenso wenig kann die Schweiz Neutralitätsrecht verletzen im Zusammenhang mit dem Verhalten eines Kriegführenden gegenüber einem anderen Neutralen, selbst wenn sie dieses ermöglicht hätte (z.B. die angebliche Ermöglichung einer Abhörung des Funkverkehrs des Heiligen Stuhls während der Invasion Panamas durch die USA im Jahre 1989). Eine Ausnahme liesse sich nur konstruieren, wenn die Schweiz wusste, dass ihr Verhalten von den USA gegen einen Kriegführenden zugunsten des anderen benutzt wird (die USA etwa während des Falklandkrieges dank Abhören argentinischer Chiffriergeräte dem Vereinigten Königreich Informationen über militärische Pläne Argentiniens übermitteln werden). Dies ist im vorliegenden Fall nicht anzunehmen.

Der Angriff der USA auf Libyen im Jahre 1986, sporadische Angriffe der USA auf Syrien ohne Einverständnis der syrischen Regierung und kurzzeitige bewaffnete Auseinandersetzungen zwischen den USA und dem Iran dauerten so kurz, dass Neutralitätsrecht nach der erwähnten herrschenden Lehre gar nicht anwendbar wurde,

12 Nachweise bei MARCO SASSÖLI, *International Humanitarian Law, Rules, Controversies, and Solutions to Problems arising in Warfare*, Cheltenham 2019, 476–477.

13 BOTHE, *supra* Fn. 11, Rz. 19; WOLFGANG GRAF VITZTHUM (Hg.), *Völkerrecht*, 3. Aufl., Berlin 2004, 655; SEGER, *supra* Fn. 6, 253–254.

14 Bericht des Bundesrats «Die Neutralität im Prüfstand im Irak-Konflikt», vom 2.12.2005, Bundesblatt 2005 7015

15 Vgl. Art. 2 und 6(3) des [Vierten] Genfer Abkommens über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten, vom 12. August 1949, SR 0.518.51, englischer authentischer Text in 75 U.N.T.S. 287.

womit offenbleiben kann, ob während dieser kurzen Zeit neutralitätswidrige Handlungen der Schweiz stattfanden.

Wie oben erwähnt, fallen nach heutiger Ansicht auch bewaffnete Konflikte wie der Krieg gegen den Irak von 1991 oder derjenige von 2011 gegen Libyen nicht unter Neutralitätsrecht, weil sie vom UNO-Sicherheitsrat ermächtigt wurden.

Schliesslich ist das Neutralitätsrecht nur während des bewaffneten Konflikts anwendbar. So sind selbst staatliche Waffenlieferungen an einen Kriegführenden, welche das Neutralitätsrecht während des Krieges eindeutig verbietet,¹⁶ nach Staatenpraxis in Friedenszeiten nicht verboten, selbst wenn natürlich voraussehbar ist, dass die Waffen künftig in einem Krieg gegen einen anderen Staat eingesetzt werden (in Selbstverteidigung oder in einem Angriffskrieg: für das Neutralitätsrecht spielt das keine Rolle). Die einzige anerkannte Vorwirkung des Neutralitätsrechts in Friedenszeiten ist, dass der dauernd Neutrale wie die Schweiz auch in Friedenszeiten keine Allianzen schliessen darf – und wohl auch keine anderen Vertragspflichten eingehen darf –, welche ihn im Kriegsfall zu einem Verhalten verpflichten, das dem Neutralitätsrecht widersprechen würde.¹⁷ Hingegen darf ein Neutraler auch nach traditioneller Rechtsanschauung mit militärischen Stellen anderer Staaten gemeinsame Abwehrmassnahmen vorbereiten.¹⁸

Immerhin könnte man diesen Gedanken ausdehnen auf alle Verhaltensweisen, welche dazu führen, dass ein neutraler Staat während eines künftigen Krieges eine Beihilfe zu kriegesischen Handlungen leisten würde. Die Lieferung von Kriegsmaterial in Friedenszeiten stellt erstaunlicherweise wie erwähnt nach eindeutiger Staatenpraxis keine solche Beihilfe dar. Hingegen muss der Neutrale, wie unten zu zeigen sein wird, in Friedenszeiten zulässige Abmachungen und Dauerzustände (z.B. fremde Telegrapheneinrichtungen und Spionagezentren) sofort beenden, wenn ein Krieg ausbricht.

Was bleibt, ist der 3. Golfkrieg von 2003, auf den unbestreitbar Neutralitätsrecht anwendbar war,¹⁹ in dem die USA Kriegspartei waren und während dem der Irak wahrscheinlich noch Chiffriergeräte benutzte, welche ihm die Crypto AG verkauft hatte. Der Verkauf geschah jedoch sehr wahrscheinlich vor dem Krieg.

Die weiteren Ausführungen in diesem Beitrag zum Neutralitätsrecht gehen somit von der unbewiesenen Hypothese aus, dass die Crypto AG, von deren schwachen, die USA begünstigenden Chiffriergeräten Schweizer Amtsstellen seit 1993 wussten, auch nach 1993 schwache Chiffriergeräte entweder ausführte oder daran Servicearbeiten ausführte in Staaten, die Gegner der USA in internationalen bewaffneten Konflikten waren. Da es unwahrscheinlich ist, dass die Crypto AG solche Ausfuhren

16 Art. 6 des XIII. Haager Abkommens, *supra* Fn. 4.

17 БОТНЕ, *supra* Fn. 11, Rz. 15.

18 Bericht 1993, *supra* Fn. 5, 213.

19 Bericht Irak-Konflikt, *supra* Fn. 14, 7009–7010.

oder Unterhaltsarbeiten während der (relativ kurzen) Konflikte tätigte, soll ein besonderes Augenmerk darauf gelegt werden, ob die Schweiz ihre Unparteilichkeit verletzte, weil sie ihr Wissen über den Zugang der USA zu militärischen Informationen der Gegner dank vor dem Krieg exportierter Geräte den davon benachteiligten Kriegführenden nicht mitteilte.

V. Mögliche Unvereinbarkeiten mit dem Neutralitätsrecht, falls es anwendbar war

A. Verbot der Lieferung von Kriegsmaterial

1. Der Begriff des Kriegsmaterials

Artikel 6 des XIII. Haager Abkommens, das als solches nur auf den Seekrieg anwendbar ist, aber unbestrittenermassen einer allgemeinen Regel des Völkergewohnheitsrechts entspricht,²⁰ untersagt einem Neutrale die «aus irgendeinem Grunde unmittelbar oder mittelbar bewirkte Abgabe von Kriegsschiffen, Munition oder sonstigem Kriegsmaterial». Der gemeinsamen Artikel 7 des V. und des XIII. Haager Abkommens, der festlegt, dass der Neutrale private Ausfuhren nicht verhindern muss, erwähnt anscheinend weitergehend die Ausfuhr von «überhaupt von allem, was einem Heere oder einer Flotte von Nutzen sein kann».²¹ Jedenfalls umfasst nach einem britischen Urteil aus Singapur sogar der Begriff der Munition nach Haager Landkriegsordnung zumindest raffiniertes Benzin.²² Andererseits wird in der Lehre aufgrund der jüngeren Staatenpraxis geltend gemacht, das (jetzt auch auf private Waffenlieferungen anwendbare) Ausfuhrverbot betreffe nur tödliche Kriegswaffen, jedenfalls aber nur Kriegsmaterial nach nationalen Kriegsmaterialgesetzen und nicht auch strategisch sensible Güter, welche ebenfalls Exportkontrollen unterstehen.²³ In der Schweiz fallen die Chiffriergeräte nicht unter den Anhang der Kriegsmaterialverordnung, sondern unter Position 5A002, Systeme für «Informationssicherheit», Geräte und Bestandteile, der Liste der Güter mit doppeltem Verwendungszweck

20 Ibid., 7012.

21 Vgl. dazu, dass der Begriff des Art. 7 weiter ist als derjenige des Art. 6, ULRIKE PIEPER, Neutralität von Staaten, Frankfurt a. M. 1996, 72.

22 So zu Art. 53 der dem IV Haager Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs vom 18. Oktober 1907, SR 0.515.112, französischer Originaltext in: Deuxième Conférence internationale de la Paix, La Haye 15 juin–18 octobre 1907, Actes et Documents, La Haye, 1907, Bd. I, 626–637, beigegefügtene Ordnung der Gesetze und Gebräuche des Landkriegs, Court of Appeal, Singapore, N.V. De Bataafsch Petroleum Maatschappij & Ors. v. The War Damage Commission, 22 Malayan Law Journal (1956), 155.

23 STEFAN OETER, Neutralität und Waffenhandel, Berlin 1992, 227–235; BOTHE, supra Fn. 11, Rz. 42.

nach Anhang 2 der Güterkontrollverordnung.²⁴ Immerhin muss erwähnt werden, dass die ältere Lehre einhellig entsprechend dem Wortlaut der Haager Abkommen und dem immer weiter ausgelegten Begriff der Konterbande im Seekriegsrecht einen weiten Kriegsmaterialbegriff vertrat, der auch Chiffriergeräte als etwas, «was einem Heere oder einer Flotte von Nutzen sein kann» umfassen würde.²⁵ Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es schwierig, aber nicht ganz unmöglich ist, Chiffriergeräte als Kriegsmaterial im Sinne des Neutralitätsrechts zu bezeichnen.

2. Die Unterscheidung zwischen staatlichen und privaten Lieferungen

Das traditionelle Neutralitätsrecht, das ja aus dem Jahre 1907 stammt, unterscheidet zwischen staatlichen und privaten Kriegsmaterialausfuhren. Erstere sind einem Neutralen aufgrund einer Gewohnheitsrechtsregel verboten, die sich aus dem an sich nur auf den Seekrieg anwendbaren Haager Abkommen XIII ergibt,²⁶ das besagt: «Die von einer neutralen Macht an eine kriegführende Macht aus irgendeinem Grunde unmittelbar oder mittelbar bewirkte Abgabe von Kriegsschiffen, Munition oder sonstigem Kriegsmaterial ist untersagt». Hingegen sehen die Haager Abkommen sowohl für den Landkrieg wie auch für den Seekrieg vor, dass ein Neutraler nicht verpflichtet ist, private Ausfuhren «von Waffen, von Munition sowie überhaupt von allem, was einem Heere oder einer Flotte von Nutzen sein kann, zu verhindern».²⁷ Wenn er hingegen Beschränkungen oder Verbote anordnet, muss er sie gleichmässig auf die Kriegführenden anwenden.²⁸ Diese Unterscheidung zwischen staatlichen und privaten Lieferungen wird in der Lehre ganz überwiegend als überholt angesehen,²⁹ auch weil heute Waffenausfuhren überall staatliche Bewilligungen benötigen

24 Verordnung über die Kontrolle zivil und militärisch verwendbarer Güter, besonderer militärischer Güter sowie strategischer Güter vom 3. Juni 2016, SR 946.202.1

25 LAURENCE PREUSS, «Some Effects of Governmental Controls on Neutral Duties», *Proceedings of the American Society of International Law* (1937), 116; INGO WALLACE, *Die völkerrechtliche Zulässigkeit der Ausfuhr kriegswichtiger Güter aus neutralen Staaten*, Hamburg 1970, 58–59. Etwas einschränkender, begrenzt auf Güter, die hauptsächlich militärischen Zwecken dienen, KARL ZEMANEK, «Wirtschaftliche Neutralität», 81 *Juristische Blätter* (1959), 249; ERIC CASTRÉN, *The Present Law of War and Neutrality*, Helsinki 1954, 474; DANIEL DÜRST, *Schweizerische Neutralität und Kriegsmaterialausfuhr*, Zürich 1983, 78 und 133; FRANZ ZEHETNER, «Know-How-Transfer betreffend die Erzeugung von Kriegsmaterial», 110 *Juristische Blätter* (1988), 14–15.

26 Art. 6 des XIII. Haager Abkommens, supra Fn. 4, das zumindest in diesem Punkt auch auf den Landkrieg anwendbar ist: Bericht Irak-Konflikt, supra Fn. 14, 7012; CASTRÉN, supra Fn. 25, 474; HEINZ SCHMID, *Dauernd neutrale Staaten im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen*, Winterthur 1984, 22.

27 So die gleichlautenden Art. 7 des V. und des XIII. Haager Abkommens, supra Fn. 3 und 4.

28 So die gleichlautenden Art. 9 des V. und des XIII. Haager Abkommens, supra Fn. 3 und 4. Aussenpolitischer Bericht des Bundesrats 2007, supra Fn. 6, 5558.

29 JAMES UPCHER, *Neutrality in Contemporary International Law*, Oxford 2020, 77–83; OETER, supra Fn. 23, 147–150 und 216–226; GRAF VITZTHUM, supra Fn. 13, 657–658; SEGER, supra Fn. 6, 256; MICHAEL BOTHE, «The Law of Neutrality», in: D. Fleck (Hg.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3. Aufl., Oxford 2013, 585; NELE VERLINDEN, «Neutrality», in: J. Wouters, P. de

und weil sonst das staatliche Ausfuhrverbot zu einfach umgangen werden könnte. Heute ist die Schweiz sogar völkerrechtlich verpflichtet, ein nationales Kontrollsystem von privaten Waffenausfuhren zu schaffen.³⁰ Ein Blick auf die Staatenpraxis zeigt auch, dass überwiegend nicht mehr zwischen staatlichen und privaten Ausfuhren unterschieden wird.³¹ Der Bundesrat hält jedoch erstaunlicherweise für das Völkerrecht an dieser Unterscheidung fest,³² obwohl er sowohl in seiner Praxis³³ wie auch gemäss Art. 5(2)(a) der Kriegsmaterialverordnung (KMV) eine Bewilligung verweigert, wenn «das Bestimmungsland in einen internen oder internationalen bewaffneten Konflikt verwickelt ist».³⁴ Der Bundesrat ist also offenbar nicht der Meinung, dass die Schweiz zu einer solchen Verweigerung völkerrechtlich verpflichtet ist.

In unserem Falle muss die Crypto AG als Privater angesehen werden, obwohl sie ausländischen Staaten gehörte, da sie nicht der Schweiz gehörte. Obwohl die KMV erst seit 2008 eine Bewilligung für Ausfuhren in ein kriegführendes Land ausschliesst,³⁵ ist davon auszugehen, dass die Schweiz keine Bewilligungen während eines internationalen bewaffneten Konflikts erteilte. Selbst wenn dies vor 2008 entgegen seiner Praxis im Golfkrieg von 2003³⁶ der Fall gewesen sein sollte,³⁷ stellt sich die Frage, ob eine Ausfuhrbewilligung überhaupt eine ungleiche Behandlung der Kriegführenden gewesen wäre, da die USA ja alles Interesse an einer solchen Ausfuhr an ihre Gegner gehabt hätte und selbst logischerweise keine Chiffriergeräte der Crypto AG beziehen wollte.

3. Anwendbarkeit auf Lieferung untauglichen Kriegsmaterials mit Einverständnis des Gegners?

Wenn man der hier vertretenen These eines völkerrechtlichen Verbots einer Kriegsmaterialausfuhr Neutralen an Kriegführende folgt, stellt sich die Frage ob das Einver-

Man & N. Verlinden (Hg.), *Armed Conflicts and the Law*, Cambridge 2016, 93–94; PETER HOSTETTLER & OLIVIA DANAI, «Neutrality in Land Warfare» (2015), Rz. 20, in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <<https://opil.ouplaw.com/home/mpi>> (zuletzt besucht am 7. Juni 2021). Zweifelnd PIEPER, supra Fn. 21, 74–75.

30 Vertrag über den Waffenhandel, vom 2. April 2013, SR 0.518.61, englischer authentischer Text in: Resolution A/Res/67/234 B der UNO Generalversammlung.

31 Siehe ausführlich OETER, supra Fn. 23, 77–128 und 174–215.

32 Siehe Bericht Irak-Konflikt, supra Fn. 14, 7012; Aussenpolitischer Bericht 2007, supra Fn. 6, 5558.

33 Siehe Bericht Irak-Konflikt, supra Fn. 14, 7013.

34 Art. 5(2)(a) der Verordnung über das Kriegsmaterial (KMV) vom 25. Februar 1998, SR 514.511, welcher jedoch erst am 27. August 2008 eingefügt wurde. Diese Einschränkung war jedoch schon in Art. 11(2)(a) des Bundesgesetzes vom 30. Juni 1972 über das Kriegsmaterial, Amtliche Sammlung 1973 108, enthalten.

35 Änderung vom 27. August 2008, Amtliche Sammlung 2008 5495.

36 Siehe Bericht Irak-Konflikt, supra Fn. 14, 7013.

37 Siehe aber schon in Art. 11(2)(a) des Bundesgesetzes vom 30. Juni 1972 über das Kriegsmaterial, Amtliche Sammlung 1973 108, der bis 1996 in Kraft blieb.

ständnis des Begünstigten (des Verbots, also des Gegners des Empfängers) diese nicht gerechtfertigt hätte. Das neutralitätsrechtliche Verbot der Kriegsmaterialausfuhr schützt nämlich weder den Weltfrieden noch die Kriegsoffer, sondern nur die Kriegsparteien davor, dass der Neutrale die andere Kriegspartei bevorzugt. Hier hatten die USA aber alles Interesse an einer solchen Ausfuhr z.B. an den Irak und der Bezüger wünschte sie, weil er nichts von der mangelhaften Verschlüsselung wusste. Die Benachteiligung eines Kriegsgegners der USA durch die Lieferung mangelhaften Kriegsmaterials fällt aber nicht unter das neutralitätsrechtliche Verbot der Kriegsmaterialausfuhr, sondern höchstens unter die hiernach zu behandelnde Verpflichtung des Neutralen zur Unparteilichkeit.

Immerhin wird in der Lehre geltend gemacht, auch gleichmässige staatliche Kriegsmaterialausfuhren an alle Kriegsparteien verletzen Neutralitätsrecht,³⁸ was darauf schliessen liesse, ein Einverständnis des Kriegsgegners sei neutralitätsrechtlich unerheblich. Zusammenfassend erscheinen aber die neutralitätsrechtlichen Regeln über die Kriegsmaterialausfuhr als untauglich, um ein Verhalten wie dasjenige der Schweiz im Zusammenhang mit der Crypto AG zu regeln.

B. Verbot, funkentelegraphische Stationen der Kriegführenden auf neutralem Territorium zu dulden

Art. 3 des V. Haager Abkommens verbietet den Kriegführenden:

- a) auf dem Gebiete einer neutralen Macht eine funkentelegraphische Station einzurichten oder sonst irgendeine Anlage, die bestimmt ist, einen Verkehr mit den kriegführenden Land- oder Seestreitmächten zu vermitteln;
- b) irgendeine Einrichtung dieser Art zu benutzen, die von ihnen vor dem Kriege auf dem Gebiete der neutralen Macht zu einem ausschliesslich militärischen Zwecke hergestellt und nicht für den öffentlichen Nachrichtendienst freigegeben worden ist.

In unserem Zusammenhang wesentlich ist, dass diese Bestimmung auch Einrichtungen betrifft, die vor dem Kriege «hergestellt» wurden. Der französische Originaltext erwähnt jedoch nur «toute installation de ce genre *établie* [...] avant la guerre» (meine Hervorhebung), was nur mit Mühe auf die Chiffriergeräte der Crypto AG angewandt werden kann.

Jedenfalls darf nach Art. 5 des V. Haager Abkommens der Neutrale solche Stationen oder Einrichtungen, inkl. die Schaffung einer spezifischen Übermittlungsinfrastruktur,³⁹ auf seinem Gebiet im Kriegsfall nicht dulden und er muss Handlungen, die seiner Neutralitätspflicht zuwiderlaufen, bestrafen, wenn sie auf seinem Gebiet stattfinden. Wesentlich für unseren Fall ist jedoch, ob Chiffriergeräte funkentelegra-

38 BOTHE, *supra* Fn. 11, Rz. 36.

39 Ibid. Rz. 51.

fische Stationen sind und ob sie in der Schweiz während des Krieges errichtet oder benutzt wurden.

1. Chiffriergeräte als funkentelegraphische Stationen

Begriffe internationaler Abkommen und das auf ihnen beruhende Gewohnheitsrecht müssen, insbesondere wenn sie in die Jahre gekommen sind, im Lichte ihres Zieles und Zweckes angesichts technologischer Änderungen ausgelegt werden. Der Begriff der «funkentelegraphischen Station» muss auch moderne Übermittlungstechnologien umfassen.⁴⁰ So erwähnen etwa Artikel 81 und 124 des III. Genfer Abkommens zum Schutz von Kriegsgefangenen «telegrafische Korrespondenz und Mitteilungen», aber der Kommentar des IKRK betont heute, dass dieser Begriff Übermittlungen per Fax und E-Mail umfasst.⁴¹ Die Chiffriergeräte können also heute als funkentelegraphische Geräte angesehen werden, insoweit sie Nachrichten nicht nur verschlüsseln, sondern auch übermitteln (ansonsten hätten die USA ja keinen Zugang zum Inhalt der Nachrichten gehabt). Obwohl sie keine Stationen sind, dienten sie demselben Zweck wie eine Station. Es kann ebenfalls davon ausgegangen werden, dass diese Geräte auch für den Nachrichtenaustausch mit den Streitkräften benutzt wurden. Schwieriger ist es, zu behaupten, sie seien in Friedenszeiten «zu einem ausschliesslich militärischen Zwecke hergestellt worden». Das Hauptproblem einer Anwendung auf die Chiffriergeräte der Crypto AG ist jedoch, dass diese soweit bekannt nicht auf Schweizer Gebiet zur Übermittlung benutzt wurden.

2. Wurden die Stationen auf Schweizer Gebiet eingerichtet oder benutzt?

Selbst wenn die Herstellung der Chiffriergeräte trotz des französischen Originaltextes als auf Schweizer Gebiet «*établie avant la guerre*» angesehen werden sollte, ist das Verhalten, dass der Neutrale nicht dulden darf, dass solche Anlagen und Stationen während des Krieges auf seinem Gebiet eingerichtet oder benutzt werden. Dies muss sich nämlich auf die Übermittlung von Nachrichten aus der Schweiz beziehen, während die Chiffriergeräte der Crypto AG von Kriegführenden auf ihrem eigenen Gebiet errichtet und benutzt wurden. Die ausdrückliche Verpflichtung, neutralitätswidriges Verhalten nur bei Begehung auf eigenem Territorium zu bestrafen, zeigt, dass nicht jede Teilnahme an einer Übermittlung zu unterbinden ist, sondern nur eine solche auf eigenem Territorium. Die Chiffriergeräte wurden aber im Ausland benutzt und auch mögliche Serviceleistungen der Crypto AG im Ausland erbracht.

⁴⁰ HOSTETTLER & DANAI, *supra* Fn. 27, Rz. 23.

⁴¹ International Committee of the Red Cross, Updated Commentary, Geneva Convention III 2020 <<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCIII-commentary>>, paras 3306–3307, 3540 und 4879 (zuletzt besucht am 7. Juni 2021).

Dies entspricht auch dem Willen neutraler Staaten, ihre Verpflichtungen nicht auf jede Förderung von Kriegshandlungen im Ausland auszudehnen. Sie müssen noch nicht einmal Freiwillige daran hindern, sich von ihrem Gebiet aus ins Ausland zu begeben, um dort zu kämpfen.⁴² Damit muss hier die Schwierigkeit gar nicht behandelt werden, dass die USA als Gegner des Kunden diese Benutzung durch ihre Gegner geradezu wünschten, also sicher nicht als neutralitätswidrig ansahen. Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass die Regeln über funkentelegraphische Stationen, auch wenn sie zeitgemäss ausgelegt werden, im Falle der Crypto AG kaum anwendbar gewesen wären.

C. Verbot, Nachrichtendienst zugunsten von Kriegführenden auf neutralem Territorium zu tolerieren

Wohl aus der soeben behandelten Sonderbestimmung über telegrafische Dienste, kombiniert mit der allgemeineren Verpflichtung, keine Kriegshandlungen von ihrem Gebiet aus zu dulden,⁴³ wird von den grossen Klassikern des Völkerrechts behauptet, es gäbe eine gewohnheitsrechtliche Regel, die den Neutralen verpflichte, keine Spionagetätigkeit des einen Kriegführenden gegen den anderen auf seinem Territorium zu dulden.⁴⁴ Das Schweizer Recht scheint diese Pflicht zu bestätigen, da es Nachrichtendienst für einen fremden Staat zum Nachteil eines andern fremden Staates auf Schweizer Gebiet unter Strafe stellt.⁴⁵ Die Strafrechtslehre betont zwar, dass ein solcher Nachrichtendienst mit dem Grundsatz der Neutralität nicht vereinbar ist,⁴⁶ aber behauptet, dass es sich um völkerrechtlich nicht gebotenes Neutralitätsstrafrecht handle.⁴⁷ Da die Schweizer Geheimdienste als Organe der Schweiz von der Tätigkeit der Crypto AG wussten und sogar an ihr teilnahmen, duldete die Schweiz aber eindeutig deren Tätigkeit. In der Lehre wird auch manchmal das Verbot der Waffenlieferung auf ein Verbot ausgedehnt, einem Kriegführenden Informationen zu liefern, welche den Ausgang des Konflikts beeinflussen könnten.⁴⁸ Hier lieferte die Schweiz zwar keine solchen Informationen, sondern erhielt sie, aber sie ermöglichte es den USA als Kriegführender, sie sich zu beschaffen.

42 Art. 6 des Haager Abkommens V, supra Fn. 3.

43 Ibid., Art. 2.

44 PAUL FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, Bd. II, Paris 1921, 753; LASSA OPPENHEIM, *International Law: A Treatise – Disputes, War and Neutrality*, 7. Aufl., herausgegeben von H. Lauterpacht, London 1952, 750.

45 Art. 301 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937, SR 311.0..

46 ESTHER OMLIN, «Art. 301», in: M. A. Niggli & H. Wiprächtiger, *Basler Kommentar, Strafrecht II*, 4. Aufl., Basel 2019, 5261.

47 Ibid., 5262.

48 VERLINDEN, supra Fn. 29, 92 und 93; KEVIN J. HELLER, «The Law of Neutrality does not apply to the conflict with Al-Qaeda and it's a good thing too: A response to Chang», 47 *Texas International Law Journal* (2011), 115–141, 131; BOTHE, supra Fn. 11, Rz. 36.

Insbesondere wenn man den Begriff des Nachrichtendienstes so weit auslegt, wie das Schweizer Bundesgericht,⁴⁹ fällt die Herstellung von Geräten, welche es den USA erlauben, geheime Nachrichten eines anderen Staates abzuhören, unter den Begriff des Nachrichtendienstes. Die Lehre erwähnt dass im digitalen Zeitalter auch die «Erstellung oder Bestellung einer Spionagesoftware [...] über die Platzierung bis zur Installation auf dem Zielobjekt» dazugehören.⁵⁰ Die Schwierigkeit ist jedoch auch hier, dass der Nachrichtendienst während des Krieges nicht auf neutralem Territorium erfolgte. Es genügt aber für den Nachrichtendienst zulasten von Drittstaaten nach Strafrecht, wenn er auch nur teilweise in der Schweiz ausgeführt wurde.⁵¹ Nur wenn die Geräte während eines Krieges für einen gewissen Kunden hergestellt wurden oder zwecks Begünstigung der USA geliefert wurden, kann von einer Verletzung völkerrechtlicher Neutralitätspflichten gesprochen werden.

Natürlich könnte es als logisch erscheinen, schon die Vorbereitung des Nachrichtendienstes für einen künftigen Kriegführenden in Friedenszeiten als neutralitätswidrig anzusehen. Dies widerspräche aber dem Geist des (auch in diesem Punkt veralteten) Neutralitätsrechts, das in Friedenszeiten einem Staat ja noch nicht einmal die Lieferung von Waffen verbietet, die vorhersehbar gegen einen anderen Staat eingesetzt werden. Immerhin verweigerte der Bundesrat schon kurz vor dem Angriff der USA auf den Irak den USA Überflugrechte, da deren Gesuch eindeutig einer militärischen Logik im Hinblick auf den künftigen Krieg gefolgt sei.⁵² In diesem Sinne könnte man Lieferungen von schwachen Chiffriergeräten im Hinblick auf einen vorhersehbaren künftigen Krieg der USA als schon vom neutralitätsrechtlichen Spionageduldungsverbot abgedeckt sehen, nicht aber undifferenzierte Ausfuhren an alle interessierten Staaten, auch wenn einige von ihnen später Kriegsgegner der USA wurden. Es ist interessant festzustellen, dass das Kriegsmaterialgesetz von 1972 eine Kriegsmaterialausfuhr auch in Gebiete untersagte, in denen ein bewaffneter Konflikt auszubrechen drohte.⁵³ Der Bundesrat legt jedoch Wert darauf, dass ein Waffen- ausfuhrverbot in Gebiete, in denen ein bewaffneter Konflikt auszubrechen droht, im freien Ermessen der Schweiz steht und aus neutralitätspolitischen Gründen erfolgt.⁵⁴ Zusammenfassend lässt sich das Spionageverbot des Neutralitätsrechts, falls es überhaupt existiert, auch in kreativer Auslegung nur mit Mühe auf den Fall der Crypto AG anwenden.

49 Vgl. BGE 82 IV 163 und 101 IV 189. Kritisch GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 4. Aufl., Bern 1995, 217 und 256.

50 MARKUS HUSSMANN, «Art. 272», in: Niggli & Wiprächtiger (Hg.), supra Fn. 46, 4983.

51 BGE 61 I 416; ERNST LOHER, «Der verbotene Nachrichtendienst», 83 Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (1967), 52.

52 Bericht Irak-Konflikt, supra Fn. 14, 7011.

53 Art. 11(2)(a) des Bundesgesetzes vom 30. Juni 1972 über das Kriegsmaterial, Amtliche Sammlung 1973 108.

54 Aussenpolitischer Bericht 2007, supra Fn. 6, 5558.

D. Grundsatz der Unparteilichkeit

Wenn ein Neutraler es einem Kriegführenden, aber nicht dem anderen erlaubt, dank Geräten, welche im neutralen Land produziert scheinen, verdeckt Zugang zu militärisch bedeutsamen Geheimnissen des anderen zu haben und obendrein noch diese Nachrichten von einem Kriegführenden erhält, verhält er sich parteilich. Das Arrangement der Schweiz durch ihre Geheimdienste, wonach die Crypto AG weiterhin Chiffriergeräte ausführen durfte, die es in Wirklichkeit den USA erlaubten, Zugang zu den über sie übermittelten Informationen zu haben, war somit parteilich.

Das Neutralitätsrecht beruht auf dem Grundsatz, dass sich der Neutrale während eines internationalen bewaffneten Konflikts unparteilich gegenüber den Kriegführenden verhalten muss. Dieser Grundsatz findet etwa in der Präambel des XIII Haager Abkommens Ausdruck, wonach «es eine anerkannte Pflicht der neutralen Mächte ist, die von ihnen angenommenen Regeln auf die einzelnen Kriegführenden unparteiisch anzuwenden». Er äussert sich in vielen Neutralitätsregeln, z.B. der Verpflichtung nach dem gemeinsamen Artikel 9 des V. und XIII. Haager Abkommens, Einschränkungen des privaten Handels oder der Benutzung von allgemein zugänglichen Übermittlungssystemen gleichmässig auf alle Kriegführenden anzuwenden. Natürlich führt der Bundesrat in seiner Antwort auf eine Interpellation zu recht aus, dass es bei dieser Verpflichtung nur um staatliche Beschränkungen und Verbote geht,⁵⁵ aber sie betrifft eindeutig staatliche Beschränkungen und Verbote gegenüber Privaten. Im Fall Crypto AG hat eindeutig der Staat durch seine Geheimdienste gehandelt. Es trifft zu, dass er nichts beschränkt oder verboten hat, sondern im Gegenteil parteiliche Hilfe an eine Kriegspartei ermöglicht hat. Artikel 9 ist hier nur von Bedeutung als Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes ist, wonach der neutrale Staat die Kriegführenden in militärischen und sicherheitsrelevanten Fragen gleichbehandeln muss.

Der Grundsatz der Unparteilichkeit wird auch in der Lehre häufig erwähnt,⁵⁶ manchmal auch als Pflicht des Neutralen, die Kriegführenden gleich zu behandeln⁵⁷ oder nicht einer Kriegspartei zu erlauben, die Ressourcen des neutralen Staates gegen den Willen der anderen zu benutzen.⁵⁸ Die Pflicht beschränkt sich auf staatliches Handeln und verlangt nur eine formelle Gleichbehandlung, welche in unserem Fall

55 Antwort des Bundesrats vom 17. Februar 2021 auf eine Interpellation 20.4456 von Fabian Molina vom 10. Dezember 2020, «Jahrzehntelanger Bruch des Neutralitätsrechts durch den Nachrichtendienst. Konsequenzen und Risiken für die Schweiz».

56 Vgl. HOSTETTLER & DANAI, *supra* Fn. 27, Rz. 8; BOTHE, *supra* Fn. 11, Rz. 2; ULRICH SCHEUNER, «Neutralität», in: Strupp & Schlochauer (Hg.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2. Aufl., Berlin 1961, Bd. 2, 593; FREDERICK HONIG, «Neutralitätsrechte und -pflichten im Landkrieg», *ibid.*, 599; GRAF VITZTHUM, *supra* Fn. 13, 653.

57 RUDOLF L. BINDSCHIEDLER, «Neutrality, Concept and General Rules», in: R. Bernhardt (Hg.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam 1997, Bd. 3, 551–552; SEGER, *supra* Fn. 6, 249, 257.

58 BOTHE, *supra* Fn. 11, Rz. 2.

nicht gewährt wurde, verlangt aber keine materielle Gleichbehandlung,⁵⁹ z.B. eines Nachbarlandes wie Frankreich in einem Krieg mit Papua-Neuguinea, z.B. im Aussehenhandel.

Es fragt sich jedoch, ob sich direkt Rechtspflichten auf diesen Grundsatz stützen lassen, auch wo er nicht durch Einzelregeln ausgeführt wird.⁶⁰ Dagegen spricht, dass sich Neutrale immer dagegen gewehrt haben und es von der Lehre abgelehnt wird, dass ein Neutraler Kriegsparteien im Handel mit nichtmilitärischen Gütern materiell gleichbehandeln muss oder der neutrale Staat oder seine Bürger gesinnungsmässig neutral bleiben müssen.⁶¹ Nur wenn der neutrale Staat Regeln erlässt, muss er sie gleichmässig auf die Kriegsparteien anwenden. Die Schweiz hat höchstens die Regel des «courant normal»⁶² angewandt, also Ausfuhren auf das vor dem Krieg übliche Mass begrenzt, auch wenn dies die Kriegführenden unterschiedlich behandelte.⁶³

Immerhin kann aus alledem eine Pflicht geschlossen werden, eine Kriegspartei nicht bewusst zu begünstigen,⁶⁴ jedenfalls nicht auf einem militärisch so delikaten Gebiet wie der Spionage. Der Neutrale muss keine unparteiliche Haltung haben, aber in seinen Handlungen gegenüber den Kriegführenden muss er unparteilich sein.⁶⁵ Es kann geltend gemacht werden, dass ein neutraler Staat Neutralitätsrecht verletzt, wenn er wie möglicherweise hier, während eines bewaffneten Konflikts mit Zustimmung und Beteiligung seiner Behörden ein trojanisches Pferd liefert, das ein Kriegführender für wichtige militärische Zwecke einsetzen will, aber nicht weiss, dass er damit seinem Gegner Zugang zu diesen militärischen Geheimnissen verschafft. Der Neutrale darf es noch nicht einmal dulden «wenn sich eine Konfliktpartei gegen seinen Willen seiner Ressourcen bedient»,⁶⁶ also noch weniger aktiv daran teilnehmen.

Jedenfalls können sich neutralitätsrechtliche Pflichten auch hier nur während eines Krieges aus dem Grundsatz der Unparteilichkeit ergeben. Diesbezüglich mag die Schweiz je nach Faktenlage im Zusammenhang mit der Crypto AG Neutralitätsrecht verletzt haben. Eine Vorwirkung liesse sich nur postulieren, wenn vor einem Krieg die künftigen Kriegsparteien schon feststünden, ebenso wie die Anwendbarkeit des Neutralitätsrechts auf diesen Krieg (also kein Sicherheitsratsmandat) und der Einsatz der Chiffriergeräte zur Übermittlung militärisch bedeutsamer Nachrichten.

59 BINDSCHEDLER, *supra* Fn. 57, 552.

60 VERLINDEN, *supra* Fn. 29, 94, Fussnote 124, bezeichnet mit Verweisen die Auffassung als Minderheitsmeinung, wonach der Grundsatz nur eine historische Grundlage der Entwicklung des Neutralitätsrechts war, aber heute aus ihm keine Rechtspflichten abgeleitet werden können.

61 Siehe Bericht über die Aussenpolitik der Schweiz in den 90er Jahren, *supra* Fn. 5, 213 sowie zahlreiche Nachweise bei PIEPER, *supra* Fn. 21, 78–82.

62 GRAF VITZTHUM, *supra* Fn. 13, 653.

63 Bericht über die Aussenpolitik der Schweiz in den 90er Jahren, *supra* Fn. 5, 227.

64 PIEPER, *supra* Fn. 21, 80; GRAF VITZTHUM, *supra* Fn. 13, 653.

65 ROBERT W. TUCKER, *The Law of War and Neutrality at Sea*, Washington D.C. 1955, 205.

66 GRAF VITZTHUM, *supra* Fn. 13, 653.

VI. Neutralitätspolitische Beurteilung

Historisch erwies sich die schweizerische Neutralität unter anderem auch deshalb erfolgreich, weil sie der internationalen Lage angepasst wurde, im Interesse anderer Staaten lag und berechenbar war.⁶⁷

Auch wenn der Bundesrat seit der Neuorientierung der schweizerischen Neutralitätspolitik Anfang der 1990er Jahre eine Zusammenarbeit mit ausländischen militärischen Stellen im Rahmen einer veränderten Neutralitätspolitik für möglich hält und sogar den Einbezug der Schweiz in europäische Sicherheitsstrukturen, so doch nur mit dem Ziel, ihre Verteidigung im Falle eines Krieges und die Verhinderung eines Krieges sicherzustellen.⁶⁸ Nicht ins Auge gefasst wurde eine Zusammenarbeit wie in unserem Fall, die ausserhalb kollektiver Sicherheitsstrukturen einen Staat in einem künftigen Krieg mit einem anderen Staat bevorteilen würde und bei der ein möglicher Gewinn für die Sicherheit der Schweiz höchstens eine Nebenwirkung war. Letzteres zeigt sich schon nur daran, dass die Initiative nicht von den Schweizer Geheimdiensten ausging, sondern sie nur dank eines Zufallsfundes auf den schon lange fahrenden Zug aufspringen konnten, den sie sonst nach Schweizer Recht sofort hätten zum Stillstand bringen müssen. Was einer glaubwürdigen Neutralitätspolitik besonders widersprach, war, dass das Arrangement für die USA (und die Schweizer Geheimdienste) nur funktionieren konnte, wenn dem Empfängerstaat, also dem möglichen künftigen Kriegsgegner der USA (der eben gerade nicht auch möglicher Kriegsgegner der Schweiz werden musste), die wahren Verhältnisse verschleiert wurden. Glaubwürdigkeit⁶⁹ und Berechenbarkeit⁷⁰ sind wichtige Elemente der Neutralitätspolitik. Auch anlässlich der Revision der Neutralitätspolitik im Jahr 1993 betonte der Bundesrat: «Jenseits der völkerrechtlich festgelegten Pflichten geniesst der Neutrale einen grossen politischen Handlungsspielraum. [...] Er legt indessen Wert darauf, dass [die Neutralitätspolitik] sich auch weiterhin durch die Stetigkeit und Berechenbarkeit auszeichnet, die ihr in der Vergangenheit internationalen Respekt gesichert haben.»⁷¹ Ein Bericht einer vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission über die Kriegsmaterialausfuhr wird als neutralitätspolitische Vorwirkung der Neutralität in Friedenszeiten erwähnt, dass es unzulässig wäre, wenn «in einem akuten politischen Konflikt mit dem Ausbruch eines Krieges gerechnet werden muss und Kriegsmaterial dauernd nur an eine der potentiellen Konfliktparteien geliefert [...] wird. Dies könnte das Vertrauen der ausländischen Regierungen in die Neutrali-

67 Bericht über die Aussenpolitik der Schweiz in den 90er Jahren, supra Fn. 5, 212.

68 Ibid., 220–224.

69 Ibid. kommen auf den Seiten 220–238 der Begriff «glaubwürdig» zweimal und derjenige der «Glaubwürdigkeit» fünfmal im Zusammenhang mit der Neutralität vor.

70 Ibid. kommen die Begriffe «berechenbar» und «voraussehbar» auf den Seiten 208–240 elfmal vor.

71 Ibid., 208.

tät beeinträchtigen.»⁷² Hier belastet eine Ausfuhr nur eine künftige Kriegspartei und begünstigt deren Gegner, aber die neutralitätspolitische Beurteilung muss dieselbe sein.

Ein Neutraler, der es im Verborgenen einem anderen Staat (hier die USA) ermöglicht, mit «dual use» Gütern, die einem möglichen Kriegsgegner (hier dem Irak) des Staates mit Wissen und Beteiligung des Neutralen geliefert werden, militärisch sensible Daten zu erhalten, ist nicht mehr berechenbar. Der entscheidende Unterschied zu neutralitätspolitisch zulässigen Waffenlieferungen in Friedenszeiten ist, dass die möglichen Gegner des Abnehmers von Waffen nicht über diesen Beitrag getäuscht werden und nicht auf die Glaubwürdigkeit eines aus einem neutralen Staat gelieferten Gutes vertrauen. Die Schweiz hatte für den Erfolg der Pläne der USA eine entscheidende Rolle. Mögliche Kriegsgegner der USA hätten nie auf Chiffriergeräte aus den USA vertraut.

VII. Ergebnis

Eine Verletzung des Neutralitätsrechts lässt sich mit guten rechtlichen Argumenten vertreten, wenn Chiffriergeräte der Crypto AG *während* eines internationalen bewaffneten Konflikts an eine Kriegspartei geliefert wurden, deren Gegner die USA waren. Dies lässt sich auf Unterhaltsleistungen oder sonstige Unterstützungen während des Krieges ausdehnen. Ebenfalls liesse sich dies möglicherweise auf eine Lieferung an einen Staat ausdehnen, von dem in Friedenszeiten schon feststände, dass er zum Kriegsgegner der USA wird.

Rechtlich wäre in solchen Fällen die Pflicht eines neutralen Staates verletzt, während eines Konflikts die Kriegsparteien in militärischen und Sicherheitsfragen gleich zu behandeln. Das Verbot, einem Kriegführenden die Einrichtung von Übermittlungseinrichtungen oder nachrichtendienstliche Vorkehrungen zu erlauben, ist nur verletzt, wenn es auf oder über Schweizer Gebiet zu Beiträgen während des Krieges kam. Die Chiffriergeräte können hingegen kaum als Kriegsmaterial im neutralitätsrechtlichen Sinn angesehen werden.

Neutralitätspolitisch ist es aber sehr delikat, dass in diesem Fall die Schweiz es einem künftigen Kriegführenden ermöglichte, einen militärischen Vorteil über seinen künftigen Kriegsgegner zu erlangen, ohne dass dieser dies wusste, sondern auf die Qualität und Sicherheit in der neutralen Schweiz hergestellter Produkte vertraute. Dies untergräbt die Glaubwürdigkeit und Berechenbarkeit der Schweiz, welche wichtige Aspekte der Schweizerischen Neutralitätspolitik sind. Sicher kann der Bundesrat die Neutralitätspolitik ändern und anpassen. Hier haben aber die Ge-

72 Bericht der Expertenkommission an den Bundesrat über die schweizerische Kriegsmaterialausfuhr, Motion Renschler, vom 13. November 1969, Bundesblatt 1971 I 1608.

heimdienste in einem wichtigen Punkt die künftige Glaubwürdigkeit der Schweiz als dauernd neutraler Staat unterwandert, ohne den Bundesrat auch nur zu informieren.

Was das Neutralitätsrecht betrifft, zeigen die Erwägungen in diesem Beitrag jedoch, dass es in einem aktuellen Fall den Herausforderungen der heutigen Zeit kaum entspricht.