

Buchbesprechungen

Hofbauer, Jane A.: Sovereignty in the Exercise of the Right to Self-Determination. Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2016. ISBN 978-9-004-31605-8, 366 p. € 132,-

“Sovereignty in the Exercise of the Right to Self-Determination” is the outcome of a doctoral thesis at the University of Vienna, supervised both by the Section for International Law and International Relations and the Department of Legal Philosophy (legal anthropology), and appears as Volume 27 of the Queen Mary Studies in International Law Series edited by *Malgosia Fitzmaurice, Phoebe Okowa, and Sarah Singer.*

The book consists of seven chapters, including introduction and conclusion, that expound on the right to self-determination with an emphasis on “peoples”. The first chapter begins with general reflections on the nature of international law, its sources and their interpretation as a sort of dynamic framework for the character of the right in question, what *Hofbauer* calls an “evolutionary lense”. While this rather abstract take on the issue clearly establishes a common understanding between the author and the reader, it creates a sense of suspension towards the main research question at first.

What *Hofbauer* seeks to answer in her book is “whether the right to self-determination – in any of its facets – can or does result in the transfer of sovereign rights onto peoples” (p. 17). A central aspect of her methodology is the emphasis on the benefits or, at least, potential of uncertainty – one might say “constructive ambiguity” – in the formulation of principles.

Recognising states as the primordial subjects and law-makers on the international plane early on in the book (p. 4 and again on p. 84), the work ultimately appears to favour a progressive recognition of individual rights under international law, focusing on the right to self-determination as the exercise of sovereignty by “peoples” (p. 283), and appealing for “transnational or sub-levels of sovereign governance” (p. 289). In this normative approach, *Hofbauer* finds that the “juxtaposition of certainty as to value and uncertainty as to content constitutes an ideal setting for evolution” (p. 82).

The second chapter is devoted to the definition of “peoples”, weaving in both legal and philosophical considerations. Following a historical appraisal of the understanding of the term, she concludes that its applicability is “often fact-dependent and the consequence of historical and geo-political realities” (p. 32). In addition, the chapter tracks the development of indigenous rights as a *lex specialis* in the case of particular native populations.

In a similar vein, the following chapter traces the right to self-determination. Here, she points to the original lack of consensus and the

political use of the idea (pp. 63-64). At the same time, however, *Hofbauer* accepts its status as *ius cogens* and of *erga omnes* character without specific qualification (pp. 67-68). She also considers the permanent sovereignty over natural resources and free, prior, and informed consent as inherent factors for realising self-determination (p. 78-79).

Chapter four discusses the term “peoples” as an element of statehood, beginning with a basic account of what makes a “state” in the lingo of international law. It also traces the differentiation between “peoples” and “indigenous peoples” in international documents and literature (she finds the separation of categories unconvincing, see p. 141). The conclusion of this debate seems to be that outcomes are ultimately determined by criteria of effectiveness (pp. 145-146): international relations, not international law.

The fifth chapter moves from the overarching question of independent statehood to the realisation of “internal self-determination”, highlighting the – in light of current events once more – highly relevant question as to a supposed international “right to autonomy”. Thereby, *Hofbauer* discusses minority rights and the right to self-determination as potential candidates. In addition, Greenland is selected as a specific case study for autonomy as an expression of self-determination. For anyone dealing with the issue, be it historically or politically, the overview provided in the book is a particularly useful resource and point of orientation for further discussion.

Chapter six deals with the relationship between the right to self-determination and territory which *Hofbauer* views, once more, through the lens of the permanent sovereignty over natural resources and free, prior, and informed consent. Both are scrutinised as to any ensuing rights and obligations, citing to a multiplicity of international and domestic documents, decisions, and statements as well as voices in literature. In the end, however, she only finds the normative idea of “effective participatory safeguards to ensure the *sui generis* land and resource rights” (p. 282).

Throughout the book, *Hofbauer* is driven to the conclusion that many determining factors are more political than legal. Drawing upon international relations theory, she finds that the exercise of self-determination depends more on “political, historical and geographic factors” than the legal determination of a group as “indigenous” or not (p. 284). With regard to free, prior, and informed consent, *Hofbauer* simply puts hope towards the normative development, asserting that “within the next few years the operational functioning of FPIC [free, prior, and informed consent] will become much clearer” (p. 288).

Avoiding specific theoretical discussions on international sources doctrine, *Hofbauer* is cautious to draw conclusions without disclaimers and

sees the political in the precedent. While this diligent assessment of the legal *status quo* is laudable, it puts into question whether she herself is so convinced by her original postulation of a shift of “a state-centered to a more humanized understanding of international law” (p. 17).

The list of international documents, decisions, and literature is witness to the wealth of research from which the book draws these careful conclusions. The fact that she does not go further with her claims to the status of the right to self-determination evidences a well-balanced consideration of available sources. As a small observation on style, the flow of the text would surely have benefitted from the omission of abbreviations such as “PSNR” for the “permanent sovereignty over natural resources” or “FPIC” for “free, prior, and informed consent”, the coining of terms for marketing certain concepts of international law having become increasingly *en vogue*. The book further features a useful annex containing domestic laws on natural resources.

Overall, “Sovereignty in the Exercise of the Right to Self-Determination” constitutes an impressively solid piece of research. Apart from a comprehensive and observant assessment of the entire discourse as to date (including international practice), it adds a number of insights and nuances, in particular a dose of realism by taking into account international relations, that make it an original contribution to a debate that has neither reached a conclusion nor lost any of its topicality.

Markus P. Beham, Passau/Vienna

Miller, Russell A. (ed.): Privacy and Power – A Transatlantic Dialogue in the Shadow of the NSA-Affair. Cambridge U.K.: Cambridge University Press, 2017. ISBN 978-1-107-15404-9, XXIV, 786 S. £ 145,-

Im Herbst 2017 veröffentlichte die Europäische Union (EU)-Grundrechtsagentur ihren (nach 2015) zweiten Bericht über “Surveillance by Intelligence Services: Fundamental Rights Safeguards and Remedies in the EU”. Das Werk von *Miller* taucht dort bei den Quellen nicht auf. Wohl aber wird der Herausgeber und (Mit-)Autor des Buches (aus seiner Feder stammen die Einführung, S. 1 ff., sodann “A Rose by any Other Name? The Comparative Law of the NSA-Affair”, S. 63 ff., sowie am Ende, gemeinsam mit *Chovanec*, eine Kritik am preisgekrönten Dokumentarfilm von *Poitras – CITIZENFOUR* (2014) –, S. 726 ff.) als Sachverständiger/Gutachter zur Rechtslage in den Vereinigten Staaten im Bericht des 1. Untersuchungsausschusses zur NSA-Affäre (BT Drs. 18/12850 vom 23.6.2017) genannt; zudem haben aus dem Kreis der von diesem Ausschuss beigezogenen Experten *Brown, Scott* und *Hayes* (zusammen mit *Halperin* und *Vermeulen*) auch

einen Beitrag zu "Privacy and Power" beigesteuert, nämlich zu Beginn des vierten Teils über Wege "Toward Multilateral Standards for Foreign Surveillance Reform" (S. 461 ff.), und das von Bündnis 90/Die Grünen entsandte Ausschussmitglied *von Notz* befasst sich mit "The Challenge of Limiting Intelligence Agencies' Mass Surveillance Regimes" (S. 331 ff.), wobei schon im Titel das Postulat deutlich wird: "Why Western Democracies Cannot Give Up on Communication Privacy". In den vorangestellten "acknowledgments" skizziert *Miller* den mehrjährigen Entstehungsprozess des Werkes (von 2013-2016) in enger Kooperation zwischen US-amerikanischen und europäischen, zumeist deutschen Wissenschaftlern, überwiegend, aber nicht ausschließlich Juristen, mündend in der Feststellung, dass das Heidelberger Max-Planck-Institut seine "true scholarly Heimat" geworden sei (S. xxiii); so ist denn auch *Anne Peters* mit einer Studie vertreten, die Teil 2 ("Framing the Transatlantic Dialogue") eröffnet und die Beziehungen von "Privacy, Rechtsstaatlichkeit, and the Legal Limits on Extraterritorial Surveillance" aus völkerrechtlicher Warte aufzeigt (S. 145 ff.). Ein zweiter wichtiger Partner war die Universität Freiburg, speziell das interdisziplinäre Center for Security and Society sowie das breitere Kompetenznetzwerk für das Recht der zivilen Sicherheit in Europa (KORSE). Von dieser Gruppe stammen zahlreiche Beiträge, beginnend mit *de Busser* ("Adequate Transatlantic Data Exchange in the Shadow of the NSA-Affair", S. 615 ff.) über *Engelhart* ("The National Socialist Underground (NSU) Case: Structural Reform of Intelligence Agencies' Involvement in Criminal Investigations?", S. 375 ff.) und *Poscher* ("The Right to Data Protection: A No-Rights Thesis", S. 129 ff.) bis zu *Schneider* ("Developments in European Data Protection Law in the Shadow of the NSA-Affair", S. 539 ff.) und *Vöneky* ("Espionage, Security Interests, and Human Rights in the Second Machine Age: NSA Mass Surveillance and the Framework of Public International Law", S. 492 ff.), nicht zuletzt auch *Masing* ("Assessing the CJEU's 'Google Decision': A Tentative First Approach?", S. 435 ff.). Neben etlichen US-Professoren und Praktikern kommen auch nicht-deutsche Stimmen zu Wort, wie *Sánchez Ferro* aus Spanien ("The Need for an Institutionalized and Transparent Set of Domestic Legal Rules Governing Transnational Intelligence Sharing in Democratic Societies", S. 508 ff.) und *Zedner* aus Australien ("Why Blanket Surveillance Is No Security Blanket: Data Retention in the United Kingdom after the European Data Retention Directive", S. 586 ff.); in Teil 1 ("Privacy and Data Protection for the Digital Age") findet sich sogar eine US-deutsche Gemeinschaftsproduktion *Fairfield/Engel* ("Privacy as a Public Good", S. 95 ff.). Auch die weiteren deutschen Autoren stammen aus verschiedenen Regionen (Bonn, Münster) und nicht aus-

schließlich aus dem universitären Raum; dies betrifft etwa *Heumann* (“German Exceptionalism? The Debate About the German Foreign Intelligence Service (BND)”, S. 349 ff.).

Miller unterstreicht (etwa S. 36), das Werk beabsichtige “strengthening our essential transatlantic dialogue”, hält aber zugleich als vielleicht wichtige Lehre fest, Amerikaner und Europäer sollten anerkennen und respektieren “that we have fundamental differences on the issues of privacy and intelligence gathering” (ebd.). Dass diese “conclusion” bereits in der “introduction” gezogen wird, die ansonsten überwiegend aus einer durchaus kritischen Inhaltsangabe zu den nachfolgenden Beiträgen besteht, sollte nicht dazu veranlassen, von der Lektüre der einzelnen Beiträge abzusehen – im Gegenteil: Jeder der folgenden 28 Beiträge lohnt, zumal häufiger aufeinander verwiesen bzw. Bezug genommen wird. Die fünfteilige Struktur rückt rechtliche Fragestellungen (*de lege lata* wie *de lege ferenda*) in den Fokus (Teile 2-4): Zuerst wird der Rahmen für eine transatlantische “Debatte” abgesteckt, abgewogen von *Peters*, sehr pointiert von *Wittes* (“Privacy, Hypocrisy, and a Defense of Surveillance”, S. 180 ff.). Danach geht es um je fünf US- und europäische “Perspektiven” auf die NSA-Affäre (d. h. “the political and legal turmoil – both domestic and international – loosed by Edward Snowden’s disclosure of some of the NSA’s extensive data collection and intelligence gathering services”, S. 6 f.). Amerikanische Stimmen kommen von *Lee* (“Sensing Disturbances in the Force: Unofficial Reflections on Developments and Challenges in the U.S.-Germany Security Relationship”, S. 203 ff.), *Hu* (“Metadeath: How Does Metadata Surveillance Inform Lethal Consequences?”, S. 229 ff.), *Borene* (“‘We’re in This Together’: Reframing E.U. Responses to Criminal Unauthorized Disclosures of U.S. Intelligence Activities”, S. 257 ff.), *Walen* (“Fourth Amendment Right for Nonresident Aliens”, S. 282 ff.) und *Nunziato* (“Forget About It? Harmonizing European and American Protection for Privacy, Free Speech, and Due Process”, S. 304 ff.). Die allesamt deutschen “europäischen” Äußerungen versammeln von *Notz*, *Heumann*, *Engelhart* und *Masing*; hinzu kommt ein (ähnlich wie schon *Poscher*) den “main stream” verlassender luzider Beitrag von *Gärditz* über “Legal Restraints on the Extraterritorial Activities of Germany’s Intelligence Services” (S. 401 ff.). Teil 4, gegliedert in “International Law” und “European Law”, befasst sich schließlich mit “Transnational Legal Responses to Privacy and Intelligence Gathering”. Den drei Beiträgen zum ersten Abschnitt (*Brown/Halperin/Hayes/Scott/Vermeulen*, *Vöenekey*, *Sánchez Ferro*) folgen vier, außer denen von *Schneider*, *Zedner* und *de Bussler* noch eine (das weiter vorn abgedruckte Statement von *Masing* abrundende und konsistente) Analyse von *Holznagel/Hartmann* zum Konzept

des EuGH eines “Right to Be Forgotten” (künftig Art. 17 EU-Datenschutz-Grundverordnung) und die deutsche Sichtweise, plakativ überschrieben mit “Do Androids Forget European Sheep?” (S. 586 ff.). Eingerahmt werden die juristischen Stücke von zwei Teilen (1 und 5) mit weiter ausholenden Überlegungen: Am Anfang stehen rechts-/gesellschaftspolitische Betrachtungen zum Spannungsfeld zwischen “privacy” und “data protection” (nicht “im”, sondern) “für” das “digital age”. Gefolgt von *Miller*, *Fairfield/Engel* und *Poscher*, werden diese eingeleitet von *Horowitz*, die fragt (und verneint, S. 62), ob das Panopticon von *M. Foucault* ein “Model for NSA Surveillance” sei (S. 39 ff.). Der Schlussteil hingegen ist Reflektionen über “The Cultural Meaning of Privacy and Intelligence Gathering” gewidmet: *Heins* befasst sich anhand von drei Filmen – Das Leben der Anderen, Barbara, Zwei Leben – mit “The Intimacy of Stasi Surveillance, the NSA-Affair, and Contemporary German Cinema” (S. 643 ff.); *Crockett* (“Hans Fallada, the Nazis, and the Defense of Privacy”, S. 668 ff.) analysiert den Roman (“Jeder stirbt für sich allein”, 1946) sowie das “Gefängnistagebuch 1944” (“In meinem fremden Land”); diese Texte böten ein “compelling argument” für ein Verstehen “of the Germans’ principled defense of their privacy rights today”, S. 689). *Renault-Steele* setzt sich mit Erkenntnissen aus den drei Dr. Mabuse-Filmen von *Fritz Lang* auseinander (“‘It Runs Its Secret Course in Public’: Watching the Mass Ornament with Dr. Mabuse”, S. 690 ff.). *Jobs* (“Secrecy, Surveillance, Spy Fiction”, S. 707 ff.) beleuchtet Geheimdienstromane und vor allem zwei U.S.-Filme, “Three Days of the Condor” und “Enemy of the State”; sie kommt zum Ergebnis: “The majority of Americans seems to take a critical, yet constructive, approach to the Intelligence Community. This pragmatic – perhaps even balanced – approach is fostered by fiction and popular culture. On the one hand, abuses and Orwellian scenarios are ‘exposed’ and ‘debated’. On the other hand, the rule of law and democratic integrity can be seen to prevail” (S. 725). Der finale Beitrag von *Miller/Chovanec* (“CITIZENME”) schließt hier in der Sache nahtlos an, indem betont wird “discourse about Snowden’s revelations” in den USA “has been given broad acceptance”, und es sei gerade nicht nur “the Intelligence Community that can make productive use of a darkened tunnel” (S. 745); vielmehr hätten Politik und (Zivil-)Gesellschaft entschieden reagiert, “political and social discourse ... has been reinvigorated” (ebd.).

Angesichts zahlreicher und in aller Regel exakter Nachweise in Fußnoten ist der Verzicht auf ein Literaturverzeichnis zu verschmerzen, zumal ein ausführlicher, zuverlässiger Index Personen wie Sachbegriffe erschließt. Der eine oder andere Schreibfehler (etwa bei “Platz”, S. 11, *Rousseau*, S. 17,

“Schutzpflicht”, S. 76, “Fourth”, S. 302) irritiert nicht wirklich; auch Rechtsvorschriften werden fast durchweg korrekt zitiert (außer S. 77 Fn. 7, S. 554). Insoweit werden die Reformen in den USA (2014/2015) und in Deutschland (2015/2016) bereits weitgehend berücksichtigt und letztlich als richtiger Schritt, wenngleich noch nicht als Zielerreichung gewertet. Einbezogen wird auch die (inzwischen zumindest “allgemein” durch die Grundverordnung EU/2016/679 sowie die Richtlinie EU/2016/680) erfolgte Novellierung des EU-Datenschutzes, wobei eine parallele Modernisierung des Bereichs von “e-privacy” noch anhängig ist. Ab 25.5.2018 wird die deutsche Anpassungs- und Umsetzungsgesetzgebung auch Folge-Änderungen beim bereichsspezifischen Datenschutz für Verfassungsschutz und BND herbeiführen. Gerade auf völkervertraglicher Ebene bzw. beim transatlantischen Datenverkehr sind die Kriterien und Verfahren des EU-Rechts in der Grundverordnung (Art. 44 ff.) weithin beibehalten worden. Das aus europäischer Sicht “angemessene” Schutzniveau darf aber, wenn hier letztlich globale Standards geschaffen werden sollen, die Situation transatlantischer (und anderer) Partner in ihrer jeweiligen Eigenart und Komplexität nicht außer Acht lassen. Das vorliegende Werk hat zwar seinen Schwerpunkt in von (fremden) Staaten hervorgerufenen Risiken für die Privatsphäre (und deren notwendiger Bewältigung im Interesse nationaler Sicherheit), zeigt aber eindrücklich, wie wichtig generell funktionierende Abwägungs- und Kontrollverfahren sind, weil Datenerhebung und -verarbeitung auch für privatwirtschaftliche und gemeinnützige Aktivitäten unverzichtbar sind und für alle Beteiligten möglichst akzeptabel gestaltet werden müssen. Der Dialog um verträgliche Lösungen in der digitalen Gesellschaft steht damit erst am Anfang; Privatsphäre ist schutzbedürftig und schutzwürdig, nicht nur der Staatsmacht gegenüber, die freilich nicht nur die “privacy” des Individuums achten, sondern andererseits (allein oder in teils institutionalisierter Kooperation) auch durch aktives Handeln schützen muss, wofür es nicht nur ein einziges Modell gibt. *Miller* zitiert insoweit zustimmend *Shakespeare*: “a rose by any other name would smell as sweet” (S. 94). Der Sammelband hebt hierzu jedoch (unterschiedlich akzentuiert) hervor, wie wichtig das Ineinandergreifen und Zusammenwirken von Rechtsstaat und Demokratie bei der Einhegung von “power” ist.

Ludwig Gramlich, Münster (Hessen)

