

Kurt Graulich

## Blowing in the wind?

### NSA, Snowden und die Rechtslage für Whistleblower in Deutschland

Der Beitrag »Whistleblowing und ziviler Ungehorsam im demokratischen Verfassungsstaat« von Dieter Deiseroth (NG/FH 1+2/2014) nimmt die Veröffentlichungen von Edward Snowden über die Aktivitäten des US-amerikanischen Geheimdienstes NSA zum Anlass für einen Gang durch den internationalen Kampf um Bürgerrechte sowie die Befindlichkeit des deutschen Verfassungsstaates unter Einschluss des Whistleblower-Themas. Es ist wichtig, grundsätzliche Fragen über das Verhältnis von Bürger und Staat zu stellen, wenn in einem großen Land mit einer demokratischen und rechtsstaatlichen Verfassung Freiheitsrechte als Kollateralschäden dem sogenannten Kampf gegen den Terrorismus geopfert werden wie dies anscheinend durch US-amerikanische Sicherheitseinrichtungen geschieht. Es ist auch wichtig, nach Parallelen im deutschen Rechtssystem zu fragen und auf Abhilfen bei erkennbaren Defiziten zu drängen. Dimensionale Unterschiede dabei sind aber zu beachten. Dies gilt etwa für die beobachteten Defizite genauso wie für die dafür in Betracht gezogenen Abhilfen. Sind »Whistleblowing und ziviler Ungehorsam im demokratischen Verfassungsstaat« nach den Veröffentlichungen von Edward Snowden wirklich ein dringendes Bedürfnis im deutschen Verfassungsstaat? Und wird nicht am eigentlichen »deutschen Problem« ausländischer Spionagetätigkeit in der Bundesrepublik bei Erörterung der Snowden-Veröffentlichungen vorbeigegangen, nämlich den fortdauernden Eingriffen infolge früheren Besatzungsrechts? Es ist zu erörtern, ob die von Deiseroth aufgerufenen Ereignisse und Sachverhalte tatsächlich so miteinander verknüpft sind, dass

aus ihnen einheitliche Konsequenzen gezogen werden können.

Der von Edward Snowden offen gelegte Sachverhalt der weltweiten Spionagetätigkeit der NSA zeigt – soweit bislang bekannt – die deutsche Gesellschaft und deren Verfassungsstaat in der Opfer- und den amerikanischen in der Täterrolle. Eine notwendige Ermunterung zu zivilem Ungehorsam gegen deutsche Staatsorgane lässt sich aus den NSA-Praktiken – auch unter Rückgriff auf Thoreau, Ghandi und Luther King – daher nicht herleiten. Ebenso schwer fällt die Nutzenanwendung des Falles »Snowden vs. NSA« für die Entwicklung des Whistleblower-Schutzes in Deutschland. Gegenstand von Whistleblowing sind Missstände oder Verbrechen wie Korruption, Insiderhandel, Datenmissbrauch oder allgemeine Gefahren, von denen der Hinweisgeber an seinem Arbeitsplatz oder in anderen Zusammenhängen erfährt. Betroffen sind vor allem Vorgänge in der Politik, in Behörden und in Wirtschaftsunternehmen. Und es geht bei diesen veröffentlichten Sachverhalten typischerweise um schwerwiegende Rechtsverstöße.

Dem Missstand der NSA-Praktiken voraus gingen aber die durch »9/11« ausgelösten amerikanischen Gesetzespakete USA PATRIOT Act und Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA); die inkriminierten Praktiken dürften sich daher in Übereinstimmung mit US-amerikanischem Recht befinden. Der Schock über das Twin-Towers-Attentat hat die USA in einen latenten Kriegszustand versetzt und unverhältnismäßige staatliche Reaktionen ausgelöst. Das seit 2002 betriebene Gefangenen-Lager in Guantanamo gehört eben-

so dazu wie der Dritte Golfkrieg von 2003, die Praxis von präventiver Tötung von Menschen durch den Einsatz von Kampf-Drohnen und die kriegsbedingt zunehmend dramatischere amerikanische Staatsverschuldung mitsamt ihren nachteiligen internationalen Auswirkungen. Die Sicherheitsgesetze der USA und viele der dadurch ermöglichten Vorgehensweisen waren von Anfang an bekannt und wurden in der Öffentlichkeit schon kritisch diskutiert, als Snowden 2005 in den Dienst der CIA trat. Durch Whistleblowing mussten diese Umstände nicht offen gelegt werden. Das rechtspolitische Desaster selbst liegt nicht in den von Snowden bekannt gemachten geheimdienstlichen Praktiken, sondern in einem signifikanten Versagen des demokratischen und rechtsstaatlichen Systems der USA, das diese Tätigkeit erst gesetzlich fundiert und die Kontrolle darüber von Anfang an marginalisiert hat. Die Auslobung von »zivilem Ungehorsam« als Remedur verkennt die Dimension des Problems einer großen Gesellschaft und eines großen politischen Systems, das aus einem kollektiven Gefühl der Verletzung heraus von seinen eigenen Verfassungsprinzipien abgerückt ist. Es war die Regierung von Gerhard Schröder, die mit der Nicht-Beteiligung am Dritten Golfkrieg dazu eine Grenze gezogen hat, und es wird weit größere Anstrengungen als der Mitteilungen von Edward Snowden bedürfen, um die unverhältnismäßig gewordene Sicherheitspolitik der USA wieder zu mäÙigen.

Geheimdienste sind eine Strapaze für das Prinzip des demokratischen Rechtsstaats. Dieser lebt nämlich von Transparenz und offener Kontrolle und jene von Diskretion und – allenfalls – verdeckter Kontrolle. Das Grundgesetz hat diese Antinomie aufgenommen und in der Fassung vom 23. Mai 1949 nicht nur den freiheitlichen und demokratischen Rechts-

*Geheimdienste  
und demokrati-  
scher Rechtsstaat*

staat formuliert, sondern in den Art. 73 Nr. 10 und Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG dem Bund die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz für den »Verfassungsschutz« gegeben. Im Anschluss daran wurde 1950 das Bundesamt für Verfassungsschutz zum deutschen Inlands- und 1956 der Bundesnachrichtendienst (BND) zum Auslandsnachrichtendienst; der Aufbau dieser Behörden geschah auf dürtigtster gesetzlicher Grundlage und wurzelte teilweise tief in personellen Kontinuitäten des NS-Systems, die vom damaligen Besatzungsregime in Westdeutschland als Teil des sich aufbauenden Ost-West-Gegensatzes mitgetragen oder sogar gefördert wurden. Die Kontrolle der Nachrichtendienste ist wiederholt Gegenstand von Gesetzgebung und Rechtsprechung gewesen. Darin spiegeln sich sowohl die zeitgeschichtlichen Verläufe von Besatzungsstatus, Kaltem Krieg und deutscher Vereinigung, als auch das sachgesetzliche Dilemma von »geheimer Arbeit« und »transparenter Kontrolle« wider. Die gesetzliche Grundlegung der Nachrichtendienste in Deutschland hat sich nach der Vereinigung schrittweise verbessert: Es sind Zuständigkeiten und Befugnisse normiert worden. Durch die dabei erfolgte stärkere Verzahnung mit der allgemeinen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung sind allerdings auch neue rechtsstaatliche Konfliktfelder entstanden (s. Trennungsgebot nach Bundesdatenschutzgesetz, BDSG § 9).

Die Bundesregierung unterliegt hinsichtlich der Tätigkeit des Bundesamtes für Verfassungsschutz, des Militärischen Abschirmdienstes und des Bundesnachrichtendienstes der Kontrolle durch das aus Bundestagabgeordneten bestehende Parlamentarische Kontrollgremium. Das dafür maßgebliche Gesetz (PKGrG) ist zuletzt 2009 grundlegend novelliert worden. Es verkörpert das erwähnte Dilemma, indem es die Bundesregierung zur umfassenden Unterrichtung über die allgemeine Tätigkeit der Nachrichtendienste des Bun-

des und über Vorgänge von besonderer Bedeutung verpflichtet, sowie auf Verlangen des Parlamentarischen Kontrollgremiums auch über sonstige Vorgänge (§ 4 PKGrG). Zugleich verpflichtet es das Kontrollgremium und seine Mitglieder zur Geheimhaltung (§ 10 PKGrG). Als Kontakt gegenüber dem Parlament sind Berichte »mindestens in der Mitte und am Ende der Wahlperiode« vorgesehen (§ 13 PKGrG). Eine für die politische Öffentlichkeit wahrnehmbare Auseinandersetzung über die Arbeit der Dienste kann so nicht stattfinden.

Ein wichtiger Bereich nachrichtendienstlicher Tätigkeit, das hat die Diskussion um die Aktivitäten der NSA wieder unterstrichen, betrifft Eingriffe in die Freiheit der Telekommunikation. Eine transparente Kontrolle nachrichtendienstlicher Arbeit auf diesem Feld ließe sich durch öffentliche Gerichtsverfahren oder Sitzungen parlamentarischer Gremien – jedenfalls nach Ablauf gewisser Karenzzeiten – organisieren. Dazu ist es aber im Wesentlichen nicht gekommen. Die Kontrolle der Nachrichtendienste ist frühzeitig gespalten worden. Seit der Notstandsgesetzgebung von 1968 bestimmt Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG, dass bei Eingriffen in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis, die dem Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes dienen, durch Gesetz bestimmt werden kann, dass sie dem Betroffenen nicht mitgeteilt werden. An die Stelle des Rechtsweges tritt die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane. Einzelheiten des Kontrollsystems sind im Gesetz zu Art. 10 GG (G10) geregelt. Danach sind die Eingriffe in die Telekommunikationsfreiheit von der Mitwirkung der sogenannten G10-Kommission abhängig, deren Mitglieder vom Parlamentarischen Kontrollgremium bestellt werden. Dieses Gremium muss auch bei der Mitteilung einer stattgefundenen Maß-

nahme an den Betroffenen mitwirken (§ 12 G10); seine Beratungen sind geheim (§ 15 Abs. 2 Satz 1 G10). In der Kontrollpraxis hat sich herausgestellt, dass gerichtlicher Rechtsschutz so gut wie keine Rolle spielt, weil es – in Abstimmung mit der G10-Kommission – schlicht an einer nennenswerten Zahl von Benachrichtigungen Betroffener fehlt. Und – abgesehen vom fehlenden Wissen über die stattgefundenen Maßnahmen – ist der Rechtsweg vor der Mitteilung an den Betroffenen nicht zulässig (§ 13 G10). Der Rechtsschutz wird also im Zusammenwirken von Nachrichtendiensten und G10-Kommission in der Regel unterlaufen und somit auch die letztendliche Möglichkeit einer (gerichts-)öffentlichen Überprüfung der geheimdienstlichen Telekommunikationskontrolle auf ihre Rechtmäßigkeit. Zur Konzeption des G10 hat das Bundesverfassungsgericht in einem Urteil aus dem Jahr 1999 festgestellt, die Befugnis zur Überwachung und Aufzeichnung des Fernmeldeverkehrs nach dem G10 stehe – im Wesentlichen – mit Art. 10 GG in Einklang. Sie stelle ein legitimes Anliegen des Gemeinwohls dar, und sei zur Erreichung des Gesetzeszwecks geeignet und erforderlich.

Mit gutem Grund kann man der Auffassung sein, das Kontrollregiment der Nachrichtendienste sei – auch in seiner 2009 angenommenen Gestalt – verbesserungsfähig. Auf alle Fälle wäre eine Ausweitung der gerichtlichen Überprüfung sinnvoll. Genauso und daneben ließe sich an eine stärkere Beteiligung des Datenschutzbeauftragten denken. Eine politisch zu führende Diskussion müsste sich an diesen Beobachtungen festmachen. Keinesfalls kann aber eine Illegalität oder auch nur Illegitimität der bestehenden Kontrollpraxis behauptet werden, gegen die mit Whistleblowing oder Mitteln des zivilen Ungehorsams vorzugehen sei. Eine Gesellschaft und der darauf fußende Staat erscheinen in einem seltsamen Licht, wenn sie sich erst für Nachrichtendienste als

Bestandteile ihrer Sicherheitsarchitektur entscheiden, diese aber unverzüglich unlauterer Machenschaften verdächtigen. Zur rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeit gehört aber auch die Größe der eingesetzten Sicherheitseinrichtungen. Im Falle der Bundesrepublik ist indes keine Gefahr im Verzug. Nach einem Bericht der Süddeutschen Zeitung hat die NSA mehr als 30.000 Mitarbeiter, der BND etwa 6.300. Der Jahresetat der NSA wird auf zehn Milliarden Dollar geschätzt. Dazu kommt als weiterer amerikanischer Auslandsnachrichtendienst die CIA mit mehr als 20.000 Mitarbeitern und einem Jahresetat von rund 15 Milliarden Dollar. Der BND erhielt 2012 erstmals mehr als 500 Millionen Euro, 6 % mehr als im Jahr zuvor, weil der Neubau der Zentrale in Berlin viel teurer wird als erwartet.

Das Vorgehen Edward Snowdens bedarf keiner deutschen Whistleblower-Schutznorm, weil es ohnehin nicht gegen deutsches Recht verstoßen hat. Die Sensationswirkung seiner Berichte über die Bundesrepublik übersteigt offensichtlich deren Enthüllungswert. Existenz und Größe britischer und amerikanischer Nachrichtendienste waren schon vor seinen Mitteilungen bekannt. Nur in politischer Naivität konnte davon ausgegangen werden, dass unter Bündnisstaaten keine nachrichtendienstlichen Aktivitäten stattfinden; dafür sind die betriebenen Einzelpolitiken von Afghanistan über den Irak und Libyen bis nach Syrien einfach zu verschieden. Eher stellt sich die Frage, weshalb die deutsche Aufklärung von den Praktiken nichts mitbekommen haben will. Außerdem wird man den USA zubilligen müssen, dass sie ihre über die Welt – auch in Deutschland – verteilten Militäreinrichtungen – darunter auch Atomwaffendepots – besonders schützen müssen; darüber wird im Falle zunehmender deutscher Auslandseinsätze auch noch beim BND zu reden sein. Aber die Arbeitsweise von Nachrichtendiensten wirkt nun einmal auf demokratische Ge-

sellschaften ernüchternd, umso mehr, wenn es um ausländische geht.

Größer als die Brisanz von Snowdens Berichten ist hingegen die eines benachbarten Sachverhalts: Wenige Monate vor seinen Mitteilungen erschien das Buch des deutschen Historikers Josef Foscaphoth (*Überwachtes Deutschland*), in welchem die fortwirkende Ausübung alliierter nachrichtendienstlicher Vorbehaltsrechte im ehemals besetzten Deutschland ausgeleuchtet wurde. Diese Praktiken stellen sich als schlichte Souveränitätseinbußen des demokratischen Rechtsstaats dar, mit denen deutsche Regierungsstellen angeblich einverstanden sind. Foscaphoth trat nicht als Whistleblower mit heimlich angefertigten elektronischen Kopien, sondern als Fachwissenschaftler mit einer Buchveröffentlichung vor das Publikum. Die Resonanz auf seine sorgfältig aufbereitete Sachverhaltsschilderung blieb verhalten, obwohl er den Skandal – durch Einwilligung möglicherweise gedeckter – fortbestehender vormundschaftlicher Behandlung der Bundesrepublik durch ihre ehemaligen Besatzungsmächte herausgearbeitet hat. Demgegenüber handelt es sich bei den Hinweisen von Snowden »lediglich« um Auslandsspionage der angelsächsischen Länder, der Deutschland vermutlich auch durch Aktivitäten anderer Staaten ausgesetzt ist.

Das gigantische Ausmaß der von Snowden enthüllten elektronischen Spionagetätigkeit ist zunächst einmal ein Problem der demokratischen Gesellschaft in den USA, denn diese muss sich darüber klar werden, ob sie dauerhaft mit der Abschaffung ihres Post- und Fernmeldegeheimnisses leben will. Die amerikanische Gesellschaft muss zudem erwägen, welche Unterstützung sie langfristig von Verbündeten erwarten darf, die sie ihrerseits nachrichtendienstlich als Feindstaaten behandeln lässt. Es mutet im Jahr 2014 abenteuerlich an, wenn sich die USA zusammen mit vier anderen angelsächsischen

Ländern weiterhin in der Bündnis-Formation von 1914 durch die Geschichte bewegen. Deutschland hingegen muss sich sicherheitstechnisch gegen die angelsächsischen »Five Eyes« genauso abschirmen wie gegen nachrichtendienstliche Angriffe anderer Staaten. Es muss aber darüber hinaus und vorrangig die auch nach 1968 und 1990 anscheinend fortgesetzten nie öffentlich diskutierten (möglicherweise geduldeten) Einbrüche in seine Souveränität abschneiden. Diese Aufgabe knüpft an die Veröffentlichung des – in Übereinstimmung mit deutschem Recht handelnden – Historikers Foscepoth und nicht diejenigen des amerikanischen Whistleblowers Snowden an. Das »Pfeifen« wird in diesem Fall nicht ausreichen, sondern es bedarf darüber hinaus der Politik – als »ein starkes langsames Bohren von harten Brettern mit Leidenschaft und Augenmaß zugleich« – wie Max Weber sie charakterisiert hat.

Mit dem »Whistleblowing« wird ein außerparlamentarisches und außergerichtliches Sonderrecht geltend gemacht, das nicht im unregulierten Umfeld angesiedelt ist, sondern sich in vorhandene Rechte und Schutzrechte einfügen muss. Dementsprechend finden sich in der Rechtsordnung verstreut sehr unterschiedliche Normbeiträge dazu. Soweit es sich beim Whistleblowing um eine bloße Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerungsfreiheit handelt, ist die Rechtsposition ohne Weiteres verfassungsrechtlich geschützt (Art. 5 Abs. 1 GG). Soweit Hinweise von Privaten mit dem Verstoß gegen gesetzliche Pflichten oder die Rechte anderer Privater verbunden sind, bedarf es zur Vermeidung von Sanktionen der Schaffung gesetzlich begründeter Ausnahmen; denn die Legalisierung von Whistleblowing in einem solchen Fall bedeutet zugleich die Absenkung des Schutzniveaus eines anderen Privaten; darum geht es regelmäßig in ar-

beitsrechtlichen Verfahren. Im Strafrecht dürfte die prominenteste Whistleblower-Norm die sogenannte Kronzeugenregelung (§ 46b StGB) sein, die dem Hinweisgeber Milderung oder sogar Verzicht auf Strafe verspricht.

In der 17. Wahlperiode des Deutschen Bundestages hat die Fraktion der SPD einen Entwurf für ein »Hinweisgeber-schutzgesetz« und die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN einen solchen für ein »Whistleblower-Schutzgesetz« vorgelegt. Einzelne Vorschriften haben als Ergebnis der parlamentarischen Befassung inzwischen schon Eingang in das Beamten- und Wirtschaftsrecht gefunden; darin liegen jeweils bereichsspezifische Ausnahmen von der dienstlichen oder geschäftlichen Verschwiegenheitspflicht. Verfassungsrechtlich sind – über Art. 5 Abs. 1 GG hinaus – zwei markante Pfeiler zum Schutz von Informanten zu beachten, die sich als Whistleblower-Schutz auswirken: Zum einen sind nach Art. 47 Satz 1 GG Abgeordnete berechtigt, über Personen, die ihnen in ihrer Eigenschaft als Abgeordnete oder denen sie in dieser Eigenschaft Tatsachen anvertraut haben, sowie über diese Tatsachen selbst das Zeugnis zu verweigern. Dies schützt den sich seinem Abgeordneten anvertrauenden Informanten bzw. Whistleblower nachhaltig; eine einfachgesetzliche Variante dazu findet sich – für Soldaten – im Gesetz über den Wehrbeauftragten. Einen zweiten, mittelbar wirkenden, verfassungsrechtlichen Schutz für Informanten hat das Bundesverfassungsgericht in seinem sogenannten Cicero-Urteil aus der Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) abgeleitet. Durchsuchungen und Beschlagnahmen in einem Ermittlungsverfahren gegen Presseangehörige sind danach verfassungsrechtlich unzulässig, wenn sie ausschließlich oder vorwiegend dem Zweck dienen, die Person des Informanten zu entdecken. Die bloße Veröffentlichung eines Dienstgeheimnisses im Sinne des § 353 b StGB durch einen Journalisten reicht im

### *Rechtlicher Schutz des Whistleblowings*

Hinblick auf die Pressefreiheit nicht aus, um einen den strafprozessualen Ermächtigungen zur Durchsuchung und Beschlagnahme genügenden Verdacht der Beihilfe des Journalisten zum Geheimnisverrat zu begründen. Dies verstärkt – eingefügt in den Prozess demokratischer Meinungsbildung – mittelbar den Schutz von Informanten bzw. Whistleblowern.

Der Whistleblower trifft nicht als »heroischer Einzelkämpfer« auf den demokratischen Rechtsstaat als delegitimierten »Gegner«, sondern wird nur erhebliches Gewicht erlangen, wenn er sich kompatibel zu dessen verfasstem System aus Grundrechten, Pressefreiheit und pluralistischer Politik verhält. »Ziviler Ungehorsam« unter diesen Rahmenbedingungen findet deshalb entweder innerhalb der Rechtsordnung statt und ist dann systemkonform und als Beitrag zum demokratischen Willensbildungsprozess willkommen. Oder er begibt sich außerhalb der Rechtsordnung und ist dann voraussichtlich rechtswidrig und/oder belanglos. Am Anfang der deutschen Katastrophe des 20.

*Verhältnis zum  
demokratischen  
Rechtsstaat*

Jahrhunderts steht der rechtsphilosophische Satz: »Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet« (Carl Schmitt). Das Grundgesetz ist ihm mit einer strikten Gesetzesbindung staatlicher Gewalt und einer Parlamentarisierung der staatlichen Willensbildung entgegen getreten. Extralegale Befugnisse sind in diesem System nicht vorgesehen. Und Souverän ist danach auch nicht, wer gemäß seiner persönlichen Entscheidung der Rechtsordnung den Ausnahmezustand erklärt. Eine vorsichtige Erweiterung von »Mitteilungsbeugnissen« im Sinne der vorgenannten Gesetzesentwürfe mag erwogen werden, um sie damit in die Rechtsordnung »hineinzuholen«. Bei der Verleihung solcher Befugnisse an Angehörige des öffentlichen Dienstes muss aber verfassungspolitisch immer bedacht werden, dass ihre Loyalität nicht Ausfluss des Obrigkeitsstaates ist, sondern der aus dem demokratischen Prinzip abgeleiteten Parlamentsverantwortlichkeit ihrer Regierungen. Illoyalität in diesem Kontext belastet insofern immer ein Stück weit den inneren Funktionszusammenhang des demokratischen Rechtsstaats.



**Kurt Graulich**

ist Richter am Bundesverwaltungsgericht und u.a. zuständig für Polizeirecht, Recht der Nachrichtendienste, Versammlungs-, Telekommunikations- und Rundfunkrecht. Außerdem ist er Lehrbeauftragter an der HU Berlin.

*kurt.graulich@t-online.de*