

QUELLEN

DIE NSA-AFFÄRE

Heul doch, Deutschland!

Als der amerikanische Kongress wieder einmal die jährliche Militärhilfe von drei Milliarden Dollar für Israel beschloss, wurden Spionagevorwürfe gegenüber Israel laut. Die Empörung hielt sich in Grenzen. Schnüffelien, auch unter engen Freunden (Israel könnte ohne jene Hilfe kaum existieren), die auch im sensiblen Atom- und Cyberwar-Bereich zusammenarbeiten, gelten offenbar als normal.

Dieses Beispiel bemühte jetzt in Freiburg Benjamin Wittes von der Washingtoner Brookings Institution auf einer Konferenz des Kompetenznetzwerks für das Recht der zivilen Sicherheit in Europa. Wittes forderte von den Deutschen schlicht: „Werdet endlich erwachsen.“ Das heißt natürlich nicht, dass es nicht auch in Amerika eine intensive Debatte über den Umfang der NSA-Aktivitäten gäbe, was hierzulande gern übersehen wird. Nur: Dort geht es nicht in erster Linie um rechtliche Argumente. Wie ja auch der amerikanische Präsident Obama nicht aus rechtlichen Gründen versichert hat, Angela Merkels Handy werde nicht mehr abgehört – sondern aus pragmatischen.

Aber es gibt eben auch einen rechtlichen Rahmen für die Überwachungsmaßnahmen, und es gibt auch eine Kontrolle. Ronald Lee, ein früherer Rechtsberater der NSA, bemühte in Freiburg den 7:1-Halbfinalsieg Deutschlands gegen Brasilien, um deutlich zu machen, man müsse auch in Fragen der Sicherheit bis zur letzten Minute alles geben, mit den rechtlich erlaubten Mitteln.

Natürlich sind das in den Vereinigten Staaten andere als in Deutschland. Das gilt für die gerichtliche und parlamentarische Kontrolle der Dienste, aber auch für die rechtlichen Maßstäbe selbst. So sind Ausländer, ist ausländische Telekommunikation kaum geschützt, ja kaum im Fokus des amerikanischen Rechts und bis vor kurzem auch der öffentlichen Debatte. Das hat sich ein Stück weit insofern verändert, als die amerikanische Regierung sichtlich bemüht ist, die deutsche Empörung zu dämpfen. Und darauf hinzuweisen, dass abgehörte Ausländer keinesfalls rechtlos seien.

Und das Völkerrecht? Es gibt auch einen – weiten – Rahmen vor: So ist die Privatsphäre durch den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte geschützt. Daran sind auch



Des einen Freud ... Foto Markus Ulmer

die Vereinigten Staaten gebunden. Doch solche Verträge wie das Völkerrecht insgesamt haben aus amerikanischer Sicht nicht selten einen anderen Stellenwert als aus deutscher.

Das unterschiedliche Rechtsverständnis zeigt sich nicht zuletzt im Datenschutz. Hier haben Amerikaner und Europäer verschiedene geschichtliche Erfahrungen, so wie sie auch die Konfrontation mit dem Islamismus unterschiedlich erlebt haben. Die Angst vor dem Missbrauch sitzt in den Vereinigten Staaten nicht so tief. Und es bestehe ein „historisch hinterlegtes Vertrauen darin, dass politischer Missbrauch auch politisch korrigiert werden kann. Dem Recht kommt gegenüber dem politischen Prozess eher eine nachgelagerte Funktion zu“, wie die Staatsrechtslehrer Russell Miller und Ralf Poscher, die Organisatoren der Freiburger Tagung, anlässlich in dieser Zeitung schrieben.

Aber Missbrauch führt eben immer zu mehr Kontrolle. Mit dem Foreign Intelligence Surveillance Act (Fisa) von 1978 (geändert 2008) wurden die bis dahin frei agierenden Geheimdienste einschließlich der nach dem Zweiten Weltkrieg gegründeten NSA erstmals der Kontrolle einer Gerichtsbarkeit, den geheim tagenden sogenannten Fisa Courts, unterstellt.

Auch Spionage unterliegt also einer Kontrolle. Sie wird als Phänomen allgemein akzeptiert und im Einzelfall verfolgt. So ganz ohne Sorgen hat man im Übrigen auch in Amerika die israelische Spionage nicht gesehen. Die israelische Regierung wies die Vorwürfe zurück und verlangte von Washington eine Klarstellung, dass Israel die Vereinigten Staaten nicht ausspioniere. Doch die amerikanische Regierung schwieg. REINHARD MÜLLER



Illustration Greser & Lenz

Im Sturm vergessen

Das Netz bietet Schlupflöcher für Rechtsverletzungen.

Wenn sich die Verantwortung nicht von selbst ergibt, muss der Staat nachhelfen.

Von Rolf Schwartmann

Strukturproblem des Internetrechts, das es der Ambivalenz des Rechts, sich zu verbergen, nicht gerecht wird. Was hat es damit auf sich? Als es das Internet noch nicht gab, waren die Teilhabe am medialen Diskurs und damit auch massenwirksame Rufschädigungen noch wenigen vorbehalten. Im Wesentlichen waren das Presse und Rundfunk. Sie sind kein Risiko, sondern Garantien für Vielfalt und als Medium und Faktor der Willensbildung ein unverzichtbarer Akteur der Medienverfassung. Im Netz kann jeder Inhalte verbreiten und sich oft aus der Verantwortung stehlen. Sich zu verbergen war vor dem Internet im Wesentlichen ein nicht umstrittenes und ungefährliches Recht. Das Netz hat das verändert. Es ist voller katapultierender Trittbretter für enthemmte, willkürliche positive und negative Bewertungen.

Das ist nicht hinnehmbar. Die Lücke im Gesetz stellt zunächst den rechtlos, der seinen Ruf oder seine Geschäftsinteressen schützen will. Es ermutigt Nutzer dazu, ihrem Ärger im Netz auf unfaire Weise Luft zu machen, indem sie Vermummung zulässt. Ohne sich verantworten zu müssen, lernt niemand die Freiheit des anderen im Netz zu respektieren. Nicht zuletzt führt diese Lücke zu einem Missbrauch des Datenschutzrechts. Es zielt nicht darauf ab, Rechtsverletzungen zu verschleiern, sondern den berechtigten Schutz personenbe-

zogener Daten zu gewährleisten. Datenschutz steht nicht blind auf der Seite von Anonymität oder Pseudonymität, sondern auf der Seite des Rechts, gerade auch des Persönlichkeitsrechts.

Aber wie schafft man es, das Recht zu erhalten, sich im Netz rechtmäßig frei und unerkannt zu äußern und dennoch Verantwortung zuzuweisen? Ist die Erlaubnis zur Nutzung von Diensten unter Pseudonym noch angemessen? Ja, denn sie ermöglicht es dem redlichen Nutzer, sich im Netz so frei zu bewegen wie in der körperlichen Welt, nämlich zunächst ohne jedermann seinen Namen nennen zu müssen.

Dennoch muss es eine Lösung geben. Man kann dabei den Urheber einer rechtsverletzenden Äußerung in die Pflicht nehmen, für seine Äußerung einzustehen. Dazu muss dessen Identität preisgegeben werden. Bei vielen Portalen erfordert die Nutzung die Erhebung personenbezogener Daten, so dass der Betreiber die Identität des möglichen Verletzers häufig kennt. Das Gesetz könnte dem Betroffenen einen zivilgerichtlichen durchzusetzenden Auskunftsanspruch gegen den Betreiber des Portals auf Weitergabe der Information einräumen. So ist es im Urheberrechtsgesetz schon bei illegaler Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte gegenüber Providern geregelt. Wegen des Richtervorbehalts ist dieser Weg, der die Übernahme persönlicher Verantwortung auch für Persönlichkeitsrechtsverletzungen erzeugen würde, rechtsstaatlich gangbar. Dennoch tut man sich mit Auskunftsansprüchen schwer, weil sie die Vitalität der redlichen Meinungsäußerungsfreiheit hemmen und datenschutzrechtlich problematisch sind, weil Private zur Rechtsdurchsetzung Daten über Private erhalten, die diese für andere Zwecke bestimmt haben.

Eine andere Option ist es, bei den Betreibern von Diensten anzusetzen. Sie sind rechtlich Hostprovider, die fremde Inhalte auf eigenen Servern speichern. Ihr Geschäftsmodell ist es, Fremdes ungeprüft verfügbar zu machen. Sie fragen

nicht nach der Legalität der Inhalte. Dafür sei das Geschäftsmodell bei der Vielzahl des Angebotenen ungeeignet. Sie eröffnen so Gefahrenquellen. Die Rechtsprechung geht mehr und mehr dazu über, solchen Anbietern Prüf- und Kontrollpflichten auch mit Blick auf die Inhalte aufzuerlegen. Sie müssen auf Antrag Rechtswidriges löschen und dafür Sorge tragen, dass vergleichbare Inhalte fernbleiben. Das ist mühsam, aber gerecht, denn die Anbieter verdienen an den Diensten und schaffen auch, ohne es zu wollen, Raum für Rechtsverletzungen. Dafür haben sie deshalb geradezustehen, weil das Recht es den Verletzten nicht zumuten will, vergleichbaren Rechtsverstoßen hinterherzulaufen. An dieser Stelle setzt auch die jüngste Rechtsprechung des EuGH zur Verantwortung von Suchmaschinenbetreibern an. Diese müssen auf Antrag eines Betroffenen zwar nicht dafür sorgen, dass zu untersagende Inhalte vergessen oder aus dem Netz gelöscht werden, wohl aber, dass sie über die von ihnen bereitgestellte Suchfunktion nicht mehr aufgefunden werden können. So ist die Dynamik im Netz ein wenig gebremst.

Die Suchfunktion wirft mit Blick auf die Verantwortung im Netz aber größere Probleme auf. Wer in eine Suchmaschine eingibt, dass ein bestimmter Arzt seine Patienten wie ein Metzger behandelt, der behauptet nichts, sondern sucht etwas. Das ist erlaubt. Wird diese Suche oft genug wiederholt, so kann aus einem unbescholtenen Arzt durch das technisch zählende und spiegelnde Zutun der Suchmaschine so leicht ein angieblicher Metzger werden, wie aus einer Politikergattin eine vermeintliche Prostituierte. Da ein Suchender kein Täter einer Rufschädigung ist, aber ein Gesuchter ihr Opfer werden kann, muss ein Verantwortlicher benannt werden. Der BGH nahm in einem so gelagerten Fall eine Haftung von Google an, da eigene Informationen, nämlich Suchwortergänzungs-vorschläge als Ergebnis der Auto-complete-Funktion, zur Nutzung bereitge-

halten würden. Aber sind das wirklich eigene Inhalte des Dienstes, und warum soll man sich dafür verantworten, dass man Suchanfragen aus dem Netz zählt und wiedergibt? Vielleicht, weil dem Suchopfer ein Verantwortlicher benannt werden muss. Das ist wohl Google, weil dem Unternehmen die Formel „gehört“ und es sie beherrschen kann. Aber was bedeutet das für regulatorisches Vorgehen? Verpflichtet der Staat Google dazu, Suchanfragen zu bereinigen oder zu reduzieren, dann grenzt das an Zensur. Lässt er Google gewähren, dann wird man als unbescholtenen Bürger Freiwild im Shitstorm.

Diese Beispiele zeigen, dass es Angebote im Netz gibt, deren Gefährdungspotential kaum einschätzbar ist. Wenn der Staat sie gerecht regulieren will, dann muss er erwägen, sich die Wirkweise besonders relevanter Angebote offen legen und bestimmte Dienste genehmigen zu lassen. Genehmigungspflichten sind sowohl im Gewerbe- als auch im Medienrecht an der Tagesordnung. Hier gälte es Maß zu halten und Voraussetzungen einer Genehmigungspflicht zu entwickeln, denn nicht jeder „Powerseller“ ist ein Risiko. Es ist zu entscheiden, welche Dienste einer solchen Pflicht unterfallen sollten. Die Art des Dienstes, dessen Verflechtungen mit anderen Unternehmen und das Gefährdungspotential des Angebotes wären zu berücksichtigen. Es könnte sich etwa aus Größe, Reichweite, Marktmacht und Meinungsbildungsrelevanz ergeben. Voraussetzung einer Genehmigungserteilung könnte etwa der Nachweis der Einhaltung der Vorgaben des Datenschutzes-, Kartell- und Wettbewerbsrechts sowie des Urheberrechts sein. Wenn sich die Verantwortung für unternehmerisches Handeln nicht von selbst ergibt und Unternehmen die Verantwortung nicht von allein übernehmen, muss der Staat nachhelfen. Wie kann er sich sonst verantworten?

Professor Dr. Rolf Schwartmann ist Leiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht und Vorsitzender der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit.

Die Pflicht zur Drohne

Die Menschenrechtskonvention verlangt: Deutschland muss seine Soldaten durch angemessene Ausrüstung schützen / Von Stefan Talmon

In der Debatte um die Beschaffung bewaffneter Drohnen für die Bundeswehr wird das Völkerrecht meist von den Gegnern dieses Waffensystems als Argument gegen dessen Beschaffung ins Feld geführt. Das Völkerrecht verbietet jedoch weder den Besitz noch den Einsatz von Drohnen an sich. Was im Einzelfall völkerrechtswidrig sein kann, ist der konkrete Einsatz des Waffensystems, soweit dieser gegen das Gewaltverbot, die Normen des humanitären Völkerrechts oder die Menschenrechte verstößt. In der Debatte bislang weitgehend unberücksichtigt geblieben ist die Frage, ob sich aus dem Völkerrecht nicht eventuell sogar eine Pflicht der Bundesregierung zur Beschaffung von Drohnen ergeben könnte.

Nach Artikel 2 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) wird das „Recht jedes Menschen auf Leben gesetzlich geschützt“; grundsätzlich darf niemand „absichtlich getötet werden“. Es ist allgemein anerkannt, dass diese Vorschrift nicht nur ein Abwehrrecht gegen den Staat, sondern auch eine staatliche Schutzpflicht begründet. Die Schutzpflicht des Staates erstreckt sich auch auf seine Soldaten und Soldatinnen im Auslandseinsatz. Diesen soll im Hinblick auf ihre besondere Gefährdungslage sogar ein erhöhtes Maß an Schutz zukommen. Damit fallen, wie das höchste britische

Gericht in der Rechtssache Smith festgestellt hat, auch militärische Beschaffungsfragen grundsätzlich in den Bereich der EMRK. Die Sicherheit des Lebens der Soldaten im Auslandseinsatz könne entscheidend von den Ausrüstungsgegenständen abhängen, mit denen sie ausgestattet werden. Es gebe keinen Grund, der eine Überprüfung der „Angemessenheit der Ausrüstung bei Auslandseinsätzen“ im Rahmen der Schutzpflicht des Artikels 2 EMRK unmöglich oder unangemessen mache. Bei der Überprüfung von Beschaffungsentscheidungen gehe es nicht um rein opera-

Wissenschaft und Praxis

tive militärische Entscheidungen im Einsatz – nur Letztere seien der gerichtlichen Überprüfung entzogen. Es sei nur schwer einzusehen, warum Soldaten und Soldatinnen nicht grundsätzlich der gleiche Schutz gegen Tod und Verletzung durch die Bereitstellung angemessener Ausrüstung gewährt werden solle wie Angehörigen der Polizei, der Feuerwehr oder anderer Rettungsdienste. Die Nichtbeschaffung angemessener Ausrüstung, die zum Schutz des Lebens der Soldaten erforderlich ist und diese in die Lage versetzt, sich effektiv zu verteidigen, kann damit grundsätzlich die Schutzpflicht aus Artikel 2 EMRK verletzen – eine Ansicht, die auch

von der britischen Regierung nicht in Frage gestellt wurde. In dem genannten Fall ging es um britischen Soldaten im Irak, die auf einer Patrouille durch einen improvisierten Sprengsatz getötet worden waren. Die Angehörigen trugen vor, dass der britische Staat seine Schutzpflicht gegenüber den Soldaten verletzt habe, indem er es versäumt habe, angemessen gepanzerte Fahrzeuge für den Einsatz im Irak zu beschaffen. In der Rechtssache Roberts machte die Klägerin geltend, dass die britische Regierung aus politischen Gründen, um keine Kriegsabsicht zu signalisieren, vor Beginn der Kampfhandlungen im Irak keine kugelsicheren Schutzwesten für ihre Soldaten beschafft habe, was zum Tod ihres Ehemannes geführt habe. Nachdem eine Untersuchungskommission feststellte, dass der Soldat mit Schutzweste nicht gestorben wäre, erklärte sich die britische Regierung zur Zahlung von Schadensersatz bereit, um die Sache außergerichtlich beizulegen.

Es lässt sich natürlich einwenden, dass Drohnen nicht mit Schutzwesten oder gepanzerten Fahrzeugen vergleichbar sind. Bei Ersteren handelt es sich um aktive Kampfmittel, bei Letzteren um passive Verteidigungsmittel. Es ist jedoch zweifelhaft, ob diese Unterscheidung im Rahmen der Schutzpflicht des Staates für seine Soldaten überzeugend ist. Es geht bei der Frage der Schutzpflicht um „angemes-

sene Ausrüstung“, die die Soldaten in die Lage versetzen soll, ihr Leben wirksam zu schützen. Man stelle sich vor, die Bundesregierung entsende Soldaten, die mit Karabinern aus dem Ersten Weltkrieg ausgestattet sind, in den Kampfeinsatz. Der Verstoß gegen die Schutzpflicht wäre offensichtlich. Der bewusste Verzicht auf Drohnen erscheint aber in militärtechnischer Sicht als Entscheidung für eine Kriegsführung im 21. Jahrhundert mit den Mitteln des 20. Jahrhunderts. Die Entscheidung über die Beschaffung bewaffneter Drohnen kann damit ebenso wie die Entscheidung über andere Ausrüstungsgegenstände grundsätzlich an Artikel 2 Absatz 1 EMRK gemessen werden.

Beschaffungsentscheidungen sind aber in erster Linie politische Entscheidungen, bei denen es um gesellschaftliche Prioritäten und die Ressourcenallokation an die Streitkräfte geht. Dem Staat kommt bei der Abwägung der Schutzinteressen der Soldaten einerseits und den konkurrierenden Interessen der Gemeinschaft andererseits ein weiter Ermessensspielraum zu. Der gerichtlichen Kontrolle vollständig entzogen sind solche Entscheidungen jedoch nicht. In Fällen, in denen militärische Ausrüstungsgegenstände ohne weiteres am Markt verfügbar sind und zum Schutz der Soldaten völkerrechtlich unbedenklich eingesetzt werden können; wenn deren Einsatz zum Schutz der Soldaten

geeignet und nach militärischer Einschätzung erforderlich ist, weil keine anderen, gleich geeigneten Verteidigungsmittel zur Verfügung stehen; wenn die Beschaffung nicht zu einer unverhältnismäßigen finanziellen Belastung des Staatshaushalts führt und die Regierung nicht den Einwand mangelnder finanzieller Ressourcen geltend macht, kann durchaus eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegen.

Sollte die bewusste Entscheidung für die Nichtbeschaffung bewaffneter Drohnen zum Tod deutscher Soldaten im Auslandseinsatz führen, insbesondere wenn Soldaten verbündeter Nationen in vergleichbaren Einsatzsituationen durch Drohnen geschützt werden konnten, wären erfolgreiche Klagen vor dem Menschenrechtsgerichtshof in Straßburg wegen Verletzung der Schutzpflicht aus Artikel 2 EMRK nicht auszuschließen. Das Völkerrecht mag der Bundesregierung zwar keine zwingende Pflicht zur Beschaffung bewaffneter Drohnen auferlegen, die völkerrechtlichen Schutzpflichten der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen der EMRK sollten jedoch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung britischer Gerichte bei der Beschaffungsentscheidung nicht unberücksichtigt bleiben.

Professor Dr. Stefan Talmon lehrt Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Universität Bonn.