

Spies: NSA späht Kanzlerhandy aus. Was nun?

ZD-Aktuell 2013, 03801

NSA späht Kanzlerhandy aus. Was nun?

Dr. Axel Spies ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Bingham McCutchen LLP in Washington DC und Mitherausgeber der ZD.

Im Beck-Blog gab es kürzlich eine recht lebhafte Diskussion zum Thema, ob und wie dem Ausspionieren durch die NSA rechtlich beizukommen ist. Nachfolgend werden die diskutierten Maßnahmen dargestellt und ein kurzes Fazit gezogen, soweit das gegenwärtig schon möglich ist.

1. Klage vor dem IGH gegen die USA?

Eine solche Maßnahme wurde von den Blog-Teilnehmern als eher unwahrscheinlich und langwierig eingestuft. Als mögliche Rechtsquellen wurden „Art. 12 MR-Erklärung“ und „Art. 17 Zivilpakt“ in den Blog-Einträgen genannt. Ein Blog-Teilnehmer stellte die interessante, aber im Ergebnis unbeantwortete Frage, inwieweit diese Abhörtätigkeiten völkerrechtlich gedeckt seien und strafrechtliche Ermittlungen oder Gefahrenabwehr durch völkerrechtliche Verpflichtung der BRD, z. B. aus dem Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut, wirksam ausgeschlossen würden. Die rechtlichen Möglichkeiten eines deutschen Parlamentarischen Untersuchungsausschusses zur Aufklärung der Geschehnisse sind eher begrenzt. Der Tagesspiegel stellt resignierend fest: „Was der Ausschuss untersuchen soll, ist aber weiter unklar. Niemand glaubt im Ernst, dass sich irgendein US-Regierungsvertreter herbeizutieren lässt. Der Ex-NSA-Experte *Edward Snowden* hat es aus Sorge um seine eigene Sicherheit schon in anderen Fällen abgelehnt, als Zeuge zur Verfügung zu stehen.“ Ob es unabhängig davon zu einem völkerrechtlich bindenden EU/US-„No Spy“-Abkommen kommt, ist derzeit zweifelhaft. Nach einem ABC-News Interview mit dem *US-Präsidenten* zu urteilen, soll es wenigstens für die Zukunft ein Verbot der „Obama-Administration“ gegen das „spying on the leaders of American allies“ geben.

2. Strafrechtliche Ermittlungen der Bundesanwaltschaft?

Wie ein Blog-Teilnehmer anmerkte, könnten strafrechtliche Ermittlungen u. a. wegen des Verdachts gem. § 202a StGB (Ausspähen von Daten) aufgenommen werden. *Henning-Ernst Müller* wies in seinem Blog-Eintrag auf ein Interview des Strafrechtlers *Safferling* hin, nach dem, soweit tatsächlich staatliche Stellen überwacht worden sind, Staatsschutzdelikte einschlägig sein könnten, wenn es um „Staatsgeheimnisse“ i.S.d. § 93 StGB geht. Darunter falle der Landesverrat nach § 94 StGB, das Offenbaren von Staatsgeheimnissen gem. § 95 StGB oder auch die landesverräterische Ausspähung sowie die Preisgabe von Staatsgeheimnissen nach §§ 96 und 97 StGB. Staatsgeheimnisse seien aber nur solche Erkenntnisse, die geheim gehalten werden müssen, um „einen schweren Nachteil für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik abzuwenden“, wie es in der Legaldefinition heiße. Gehe es nicht um Staatsgeheimnisse, sondern um andere geheim zu haltende Umstände und Daten, könne das Ausspähen der Gespräche der *Kanzlerin* eine nach § 99 StGB strafbare geheimdienstliche Agententätigkeit sein. Das sei auch der Tatbestand, nach dem das russische Agentenehepaar kürzlich vor dem *OLG Stuttgart* (U.v. 2.7.2013 – 4b – 3 StE 5/12) verurteilt worden sei. Das *OLG Stuttgart* verhängte in diesem Verfahren sechseinhalb und fünfzehn Monate Haft gegen das Ehepaar. Ein Teilnehmer fasste dieses Urteil wie folgt zusammen: „Die 'geheimdienstliche Agententätigkeit' wiege schwer und habe für Deutschland einen deutlichen Souveränitätsverlust zur Folge gehabt [...] Mit dem Urteil wolle der *Senat* auch klarmachen, dass bei

Agententätigkeit hohe Strafen drohten."

Mag es auch ein Ermittlungsverfahren geben, so werde es jedenfalls nach Auffassung der Blog-Teilnehmer wahrscheinlich nicht zu einer Anklageerhebung kommen. Die möglichen Täter seien nicht greifbar und für im Ausland begangenen Taten gelte das Opportunitätsprinzip nach § 153c StPO, das Raum für politische Erwägungen biete. Müller fügte hierzu die Vermutung an, dass man auf entsprechende diplomatische Aktivitäten hin in den USA einen Mitarbeiter der NSA „feuern“ werde, der dann eben vorerst nicht mehr nach Europa reisen könne. Möglich wäre auch die Ausweisung eines US-Diplomaten, der in den Verdacht der Spionage gerät, insbesondere, wenn sich herausstellt, dass die *Kanzlerin* aus der Berliner US-Botschaft heraus ausspioniert wurde. Voraussetzung dafür, so ein anderer Blog-Teilnehmer, wäre natürlich die Identifikation dieser Personen, und dafür wiederum der politische Auftrag einer effektiven Spionageabwehr, der derzeit für die USA nicht bestehe.

3. Aussetzung von EU/US-Safe Harbor?

Das Safe Harbor-Abkommen zwischen der EU/EWR und den USA regelt seit dem Jahr 2000 den Datentransfer für US-Unternehmen, die sich in den USA zur Einhaltung der sog. Safe Harbor-Principles verpflichten. Das *US-Department of Commerce (DoC)* führt eine öffentliche Safe Harbor-Liste. Es bestand weitgehend Konsensus, dass eine Aussetzung rechtlich von Deutschland aus kaum möglich ist. (Diskussion im Beck-Blog und *Spies*, ZD 2013, 535 ff.) Wenn überhaupt, liegt die Kompetenz für solche Maßnahmen in Brüssel und nicht bei der *Bundesregierung* oder den deutschen Datenschutzbehörden. Die *EU-Kommission* möchte das US/EU-Safe Harbor-Abkommen im Prinzip neu verhandeln, um die personenbezogenen Daten von Europäern besser zu schützen. Einen genauen Zeitplan gibt es jedoch (noch?) nicht. Durchaus denkbar sind verstärkte Datenschutz-Audits von in Deutschland ansässigen US-Unternehmen. Als Schwierigkeit komme hinzu, wie ein Blog-Teilnehmer betonte, dass sich die europäischen Einzelstaaten, wie auch die EU zurückhalten werden, Sanktionen jeglicher Art gegen die USA zu verhängen, da insbesondere auch europäische Geheimdienste von den diversen Spionageprogrammen profitiert hätten und teils auch stark in diese involviert seien.

4. Aussetzung des SWIFT-Abkommens zum Datentransfer in die USA?

Eine solche Aussetzung wird vom *EU-Parlament* nach Medienberichten gewünscht, aber würde die eigene EU-Terroristenverfolgung beeinträchtigen, da die Ermittlungsbehörden in der EU erheblich von den Erkenntnissen der NSA über SWIFT (Kontenbewegungen, Kontoinhaber) bei der Terroristenverfolgung profitieren.

5. Aussetzung der Durchführung von FATCA?

Denkbar ist die Aussetzung der Gespräche des *Bundesfinanzministeriums (BMF)* – zusammen mit Großbritannien, Frankreich, Italien und Spanien – mit den USA, um FATCA (US-Gesetz zur Aufdeckung von internationalem Steuerbetrug – Foreign Account Tax Compliance Act) im bilateralen Verhältnis durch das zweistufige Meldeverfahren zu ersetzen. Die Gemeinsame Erklärung hierzu über eine zwischenstaatliche Vorgehensweise wurde am 22.2.2013 parafiert. Das entsprechende Durchführungsgesetz, das eine Verordnungsermächtigung für das *BMF* in einem neuen § 117c AO vorsah, wurde als „Huckepackgesetz“ auf das AIFM-Steuer- Anpassungsgesetz aufgesattelt und vom *Bundestag* am 16.5.2013 verabschiedet. Im Moment liegt das Gesetz beim *Vermittlungsausschuss* (nähere Ausführungen zu FATCA aus datenschutzrechtlicher Sicht und zur Einwilligung der Betroffenen nach deutschem Recht findet man bei *Hanloser*, ZD 2013, 542 ff.)

6. Gegenwärtiges Fazit der Überlegungen

Die meisten Blog-Teilnehmer waren eher pessimistisch, was die rechtlichen Konsequenzen betrifft. Um eine Kernaussage im Blog zu zitieren: „Was Deutschland „rechtlich“ gegen Abhörmaßnahmen unternehmen kann, dürfte auf demselben Niveau liegen, was Pakistan gegen Drohnenangriffe auf seinem Territorium „rechtlich“ unternehmen kann. Politisch kann vielleicht etwas unternommen werden, von Strafzöllen für Importe aus den USA bis hin zur Aufkündigung internationaler Verträge. Das aber ist weniger eine Frage des Dürfens oder Könnens als des Wollens, und damit wohl kaum Gegenstand einer rechtlichen Diskussion.“ Müller fügte dem hinzu: „Gäbe es eine effektive Spionageabwehr, auch gegen angebliche „Freunde“, dann wäre es kaum möglich, den Regierungschef bzw. die Regierungschefin auf ihren privaten und politischen Kommunikationsmitteln jahrelang abzuhören.“

Weiterführende Links

Vgl. auch *Hanloser*, ZD 2013, 542; ZD-Aktuell 2013, 03800 und zu SWIFT ZD-Aktuell 2013, 03787.