

Mäßigung der Verhältnismäßigkeit. Whistleblowing im transnationalen Recht*

Andreas Fischer-Lescano

Es gehört mittlerweile zum Common Sense, dass Whistleblowing Rechtswidrigkeiten und gesellschaftliche Missstände wirksam ins öffentliche Bewusstsein rücken kann. Eine Vielzahl von grenzüberschreitenden Regelungsbemühungen, die von Corporate Compliance Governance Codes bis in den politischen Raum reichen, ist daher dem Ziel gewidmet, Whistleblowing transnational vor Repressionen zu schützen und den Protest gegen rechtswidrige Praktiken zu ermöglichen:¹ Im Antikorruptionsplan der G 20 spielt das Whistleblowing genauso eine zentrale Rolle wie in Maßnahmen der OECD, den rechtspolitischen Vorschlägen von NGOs wie Transparency International und nationalen Initiativen zur Schaffung „sicherer Häfen“, in denen wie bei der Isländischen Initiative zu modernen Medien nationale Medienordnungen (IMMI) größtmöglichen Schutz für Whistleblowing bieten sollen.² Vorkehrungen zum Schutz des Whistleblowing wurden in die UN-Konvention gegen Korruption (Art. 8, 13 und 33), die Konvention der Afrikanischen Union über die Verhütung und Bekämpfung der Korruption (Art. 5 Abs. 6), die Anti-Korruptionskonvention der Organisation der Staaten Amerikas (Art. III Abs. 8) und das Zivilrechtsübereinkommen über Korruption im Rahmen des Europarates (Art. 9) ebenso wie in das Strafrechtsübereinkommen im Rahmen des Europarates (Art. 22) aufgenommen.³

* Ich danke Isabell Hensel, Johan Horst, Nora Markard und Gunther Teubner für ihre konstruktive Kritik an einer Vorfassung des Textes.

¹ Für einen Überblick: *Benjamin Buckland & Aidan Wills*, *Blowing in the Wind? Whistleblowing in the Security Sector*, 2012; *John Browsers u.a.*, *Whistleblowing: Law and Practice*, Oxford 2010; *Klaus Ulrich Schmolke*, *Whistleblowing-Systeme als Corporate Governance-Instrument transnationaler Unternehmen*, in: *Recht der internationalen Wirtschaft* 58 (2012), S. 224 ff. ff.

² G 20, *Anti Corruption Plan*, Seoul Summit 2010, Annex III, Pkt. 7; *Transparency International*, *Recommended Draft Principles for Whistleblowing Legislation*, November 2009; *OECD*, *Whistleblower Protection: Encouraging Reporting*, Juli 2012; *Wes Ritchie*, *Why IMMI matters: The first Glass Fortress in the Age of Wikileaks*, in: *Suffolk Transnt'l L. Rev.* 35 (2012), S. 451 ff.; siehe ferner die Bestandsaufnahme bei *Human Rights Council*, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism* (Berichterstatter: Martin Scheinin), A/HRC/14/46, 17.5.2010, Ziff. 18: „Members of intelligence services who, acting in good faith, report wrongdoing are legally protected from any form of reprisal. These protections extend to disclosures made to the media or the public at large if they are made as a last resort and pertain to matters of significant public concern.“

³ Und selbst US-Präsident Barack Obama hat sich in seinem Übergangsprogramm 2008 vollmundig zur Unterstützung des Whistleblowing bekannt – jedenfalls solange das Whistleblowing der Logik des Überwachungsstaates folgt und sich nicht gegen ihn wendet: „Die beste Informationsquelle über öffentliche Verschwendung, Betrugerei und Täuschung ist regelmäßig ein öffentlicher Angestellter, der zu öffentlicher Integrität verpflichtet und aussagebereit ist. Solch mutiges und patriotisches Handeln, das manchmal Leben und häufig die Dollars der Steuerzahler retten kann, sollte angeregt und nicht unterdrückt werden. Wir müssen die Bundesangestellten als Wachhunde über Fehlverhalten und Leistungspartner befähigen. Barack Obama wird daher die Whistleblower-Regeln zum Schutz von Angestellten des Bundes, die Verschwendung, Betrug und Missbrauch offen legen, stärken.“ (*Barack Obama & Joe Biden*, *The Obama-Biden Plan*, abrufbar über (letzter Abruf 05.08.2013): http://change.gov/agenda/ethics_agenda, meine Übersetzung.

Der rechtliche Schutz des Whistleblowing ist so zu einem Anliegen transnationaler Rechtspolitik avanciert,⁴ die damit auf die Transnationalisierung des Phänomens selbst reagiert: Griffen die klassischen Ausdrucksformen des Whistleblowing noch vornehmlich auf nationale Printmedien in nationalen Diskussionsrahmen zurück, entfaltet das Whistleblowing des 21. Jahrhunderts seine Kraft weltweit. Digitalisierung, Vernetzung globaler Kommunikationen und WikiLeaks haben transnationale Netzwerke etabliert, über die Whistleblower ihre Informationen schnell, effektiv und jenseits nationaler Jurisdiktionsräume verbreiten können.⁵ Gerade in transnationalen und privatisierten Governance-Räumen, die demokratischer Kontrolle durch nationalstaatliche Gewalten nur schwer zugänglich sind, wird Whistleblowing so zu einer unverzichtbaren Quelle für die Generierung von Aufmerksamkeit bei Rechtswidrigkeiten.

Auch im Bereich der Sicherheitspolitik, in der die nationalen Organe auf Geheimhaltung statt Transparenz setzen,⁶ spielt das Whistleblowing eine bedeutende Rolle bei der Sichtbarmachung ausgreifender Überwachungstendenzen von transnational vernetzten Sicherheitsorganen.⁷ Deren überwachungsstaatliche Methoden haben längst die national-rechtsstaatlichen Fesseln abgelegt. In Kooperation mit willfähigen Global Players der Informationstechnologie von Yahoo bis Microsoft, die für ihre Kollaborationen wiederum pekuniär entschädigt wurden,⁸ haben sie in dramatischer Weise demokratisch partizipative Kontrollstrukturen ausgehöhlt. Gerade im Feld der Sicherheitspolitik zeigt sich aber auch, dass die breite Anerkennung des Whistleblowing und seiner Bedeutung als Transmissionsriemen, der gesellschaftliche Normen in ökonomische, wissenschaftliche, militärische und politische Sphären einbringt, schnell an Toleranzgrenzen stößt. Wenn sich das Whistleblowing gegen die Indienstrafe durch Überwachungsstaaten wendet und die Sicherheitspolitik selbst zum Gegenstand der Kritik macht, ist es schärfsten politischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Repressionen ausgesetzt, werden Finanzquellen abgeschnitten, Aktivisten verfolgt und diffamiert: Schon in der Vergangenheit hat die kritische Beschäftigung mit sicherheitspolitischen Fragen immer wieder gerichtliche Verfahren, mit denen Veröffentlichungen verhindert und Whistleblower sanktioniert werden sollten, ausgelöst. Von dem publizistischen „Berufsrisiko“⁹ strafrechtlicher Verfahren

⁴ Zum Begriff der Transnationalität in diesem Zusammenhang siehe ausf. *Lars Viellechner*, Was heißt Transnationalität im Recht?, in diesem Band.

⁵ Generell siehe *Rainer Winter*, Widerstand im Netz. Zur Herausbildung einer transnationalen Öffentlichkeit durch netzbasierte Kommunikation, Bielefeld 2010.

⁶ Symptomatisch die Stellungnahme der deutschen Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage der der SPD-Fraktion (BT-Drs. 17/14456) vom 13.08.2013 zu den Abhörprogrammen der USA und dem Umfang der Kooperation der deutschen mit den US-Nachrichtendiensten. Die Ausführungen der Bundesregierung wurden in großen Teilen selbst „aus Gründen des Staatswohls“ (a.a.O., S. 4) als geheimhaltungsbedürftig und nicht veröffentlichungsfähig deklariert. Wo sie eine Veröffentlichung gestattet, bietet die Bundesregierung nur Allgemeinplätze, wie den, dass aufgrund der Datenübertragungswege auch bei rein inländischer Mailkommunikation ein „Zugriff auf Netze bzw. Server im Ausland, über die die Übertragung erfolgt, nicht ausgeschlossen werden kann“ (a.a.O., Antwort auf Frage 15).

⁷ *Dieter Deiseroth*, Whistleblowing in der Sicherheitspolitik, in: *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2004, S. 479 ff.

⁸ *Ewen MacAskill*, NSA paid Millions to cover Prism Compliance Costs for Tech Companies, in: *The Guardian* v. 23.08.2013.

⁹ *Carl von Ossietzky*, Der Weltbühnen-Prozeß, in: *Die Weltbühne* vom 31.12.1931, S. 803, wiederabgedruckt in: ders., *Sämtliche Schriften*, Bd. VI, Hamburg 1994, S. 249 ff. (250): „Ich weiß, daß jeder Journalist, der sich kritisch mit der Reichswehr beschäftigt, ein Landesverratsverfahren zu vergegenwärtigen hat; das ist ein natürliches Berufsrisiko.“

zeugen die Rechtsverfahren gegen die New York Times und Daniel Ellsberg anlässlich der Veröffentlichung der Pentagon-Papiere in der Watergateaffäre (1971) genauso wie der Weltbühnenprozess gegen Cal von Ossietzky in der Weimarer Republik (1931) oder die Verfahren gegen Conrad Ahlers und Rudolf Augstein in der Spiegelaffäre im Nachkriegsdeutschland (1962). Und auch aktuell zeigen die Fälle des WikiLeaks-Sprechers Julian Assange, der die strategische Ausrichtung der Whistleblowing-Plattform prägt, des WikiLeaks-Informanten Bradley Manning, der Kriegsverbrechen in Afghanistan und im Irak aufgedeckt hat, und des US-Geheimdienstmitarbeiters Edward Snowden, der 2013 mit seinen Enthüllungen zu Prism, XKeyscore und NSA die Überwachungs- und Spionageaffäre ausgelöst hat, dass die Unterstützung des Whistleblowing ihre Grenze in vermeintlichen Treue- und Geheimhaltungspflichten, in der Staatsräson, in Betriebsinteressen und anderen Gemeinwohlbelangen finden soll.

Im Recht wird im Konflikt zwischen Veröffentlichung und Geheimhaltung die Frage, welche Formen des Whistleblowing zulässig und welche rechtswidrig sind, in der Regel über eine Abwägung widerstreitender Rechtsgüter beantwortet, „die den Anwender entweder selbst zur Abwägung der beiden widerstreitenden Interessen aufrufen oder die im Gesetz selbst bereits das Ergebnis der Abwägung inkorporieren.“¹⁰ Die juristische Methode der Abwägung und ihre Zuspitzungen in Verhältnismäßigkeit und praktischer Konkordanz erhalten darum im Hinblick auf das Whistleblowing zentrale Bedeutung, wenn es darum geht, abstrakt-prinzipielle Unterstützung in konkrete Regeln und Kollisionslösungen zu übersetzen, also die Frage zu beantworten, welche Formen des Whistleblowing wann und wo zulässig sind.

Ich will hierzu im Folgenden im Schwerpunkt am Beispiel des Whistleblowing im Bereich der Sicherheitspolitik die These vertreten, dass Abwägung Verhältnismäßigkeit und praktische Konkordanz, so wie sie im juristischen Diskurs regelmäßig verwendet werden, subtile Repressionsinstrumente sind. Um die repressive Funktionsweise der Rechtsmethode zu durchbrechen, bedarf es einer Mäßigung der Verhältnismäßigkeit. Erst eine gemäßigte Verhältnismäßigkeit kann freiheitsermöglichend und nicht freiheitsunterdrückend wirken. Diese These möchte ich in drei Argumenten entfalten:

1. Argument: Abwägung, Verhältnismäßigkeit und praktische Konkordanz sind zu dominanten Methoden des transnationalen Rechts avanciert. Es ist die Folge dieses methodischen Siegeszuges, dass Freiheitsrechte unter globale Eingriffsvorbehalte gestellt werden. In der Folge der freiheitseinschränkenden Operationalisierung der Abwägung wird auch das Whistleblowing unter einen globalen Eingriffsvorbehalt gestellt.

2. Argument: In ihrer aktuellen Anwendungsform verdecken die Methode der Abwägung und ihr Ziel der Herstellung von Verhältnismäßigkeit und praktischer Konkordanz die Konfliktizität von Rechtsentscheidungen und führen zu einer wirklichkeitsfremden Fehlrahmung sozialer Konflikte im Recht. So kollidieren beim Whistleblowing nicht, wie herkömmlich in die

¹⁰ Mark Fenster, Disclosure's Effects: WikiLeaks and Transparency, in: Iowa L. Rev. 97 (2012), S. 753 ff. (783).

Abwägungswaage geworfen, subjektive Freiheitsrechte mit individuellen und kollektiven Gegenrechten, sondern inpersonale Autonomieräume.

3. *Argument*: Um einen angemessenen Rechtsrahmen für die Kollision dieser Autonomieräume beim Whistleblowing zu entwickeln, bedarf es einer radikalen Entpersonalisierung. Statt die guten oder schlechten Absichten der Whistleblower von Edward Snowden über Julian Assange bis zu Bradley Manning zum Ausgang rechtspolitischer Erwägungen zu machen, ist die Entwicklung von Rechtsregeln geboten, die einerseits der Bedeutung des Whistleblowing als Transmissionsriemen gesellschaftlicher Werte und andererseits den Geheimhaltungsinteressen transnationaler Sphären der Diplomatie, des Militärs, der Wirtschaft etc. gerecht werden.

I. WHISTLEBLOWING UNTER ABWÄGUNGSVORBEHALT

Im „Age of Balancing“ ist auch die Methodik des transnationalen Rechts vom Gedanken der Abwägungsoptimierung geprägt.¹¹ Schon längst haben die Techniken der Abwägung, der Herstellung von Verhältnismäßigkeit und praktischer Konkordanz, die im grenzüberschreitenden Rechtsdialog entwickelt worden sind,¹² die Ketten des nationalen Rechts gesprengt.¹³ Auch auf der Ebene des transnationalen Rechts sind sie zur dominanten Methode richterlichen Entscheidens aufgestiegen. So soll die Verhältnismäßigkeit ein universelles Verfassungsprinzip darstellen,¹⁴ ein Hauptcharakteristikum des globalen Konstitutionalismus bilden,¹⁵ ein zentraler Rechtssatz des Völkerrechts sein.¹⁶ Und auch die Schiedsgerichte der ICANN¹⁷ überführen in ihren Entscheidungen über die Vergabe von Internetadressen das Verhältnis von Eigentums- und Meinungsfreiheitsrechten regelmäßig in Abwägungslagen: „Das Recht auf freie Meinungsäußerung sei nämlich nicht völlig schrankenlos gewährleistet, die [ICANN-Schiedsgerichte] zielten im Grunde schon auf einen Ausgleich privater Rechtsschutzinteressen und eines öffentlich gewährten Grundrechtsschutzes ab. Repliziert wird damit ein Ausgleich von Individual- und

¹¹ *Alexander Aleinikoff*, Constitutional Law in the Age of Balancing, in: Yale Law Journal 96 (1987), S. 943 ff.

¹² Hierzu *Duncan Kennedy*, A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law, in: Roger Brownsword u.a. (Hrg.), The Foundations of European Private Law, Oxford 2011, S. 185 ff.; rechtsvergleichend ferner *Christoph Knill & Florian Becker*, Divergenz trotz Diffusion? Rechtsvergleichende Aspekte des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Deutschland, Großbritannien und der Europäischen Union, in: Die Verwaltung 36 (2003), S. 447 ff.

¹³ *Neil Walker*, Transnational Law and the Limits of Balancing, Paper 2009, abrufbar über (letzter Abruf 05.08.2013): <http://www.clb.ac.il/workshops/2009/>

¹⁴ *Matthias Klatt & Moritz Meister*, Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip, in: Matthias Klatt (Hrg.), Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, Tübingen 2013, S. 62 ff.

¹⁵ *Alec Stone Sweet & Jud Matthews*, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, in: Colum. J. Transn'l L 47 (2008-2009), S. 72 ff.

¹⁶ *Thomas Franck*, Proportionality in International Law, in: Law & Ethics of Human Rights 4 (2010), S. 231 ff.; siehe auch die Kritik bei *Niels Petersen*, How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law, in: German Law Journal 14 (2013), S. 1387 ff.

¹⁷ Die ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) ist eine private Einrichtung, die die Vergabe von Internetadressen (domain names) organisiert.

Allgemeininteressen, der im innerstaatlichen Recht durch das Zusammenspiel von Grundrechtsschutz und allgemeinen Gesetzen gewährleistet wird.“¹⁸

Durch diesen Abwägungsvorgang wird die Ausübung des Whistleblowing unter den Vorbehalt kollidierender Interessen gestellt. Unter diesen Vorzeichen erfolgt beispielsweise im Arbeitsrecht eine „Abwägung zwischen dem Aufklärungsinteresse des Arbeitnehmers und dem Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers“.¹⁹ In diesem Sinne hat auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) die Zulässigkeit des Whistleblowing von der Abwägung zwischen den Rechten der Arbeitnehmer_innen auf freie Meinungsäußerung und den betroffenen Gegenrechten der Arbeitgeber_innen auf Schutz ihres Rufes und ihrer wirtschaftlichen Interessen abhängig gemacht.²⁰ Er verlangt, dass die Einschaltung der Öffentlichkeit als ultima ratio und in gutem Glauben erfolgen muss, dass die konkreten Behauptungen sorgfältig geprüft wurden und dass trotz eines eingetretenen Schadens das Interesse der Allgemeinheit an der Information überwiegt. Bei alledem sei bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs (hier: der strafrechtlichen Verfolgung des Whistleblowers) in Bezug auf das verfolgte legitime Ziel insbesondere das öffentliche Interesse an der offengelegten Information zu berücksichtigen. Der EGMR fordert hierbei eine gerechte Abwägung zwischen dem Schutz des Rufes und der Rechte des Arbeitgebers einerseits und dem Schutz der Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers andererseits. Der Vorgang der Abwägung bleibt aber ein Mysterium: Was die Einheiten der Abwägung sind, thematisiert der EGMR nicht weiter. Eine Abwägung im weiten Sinn, die die Interessen der Arbeitgeber_innen und Arbeitnehmer_innen in Einklang zu bringen sucht, wird kombiniert mit Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit des Eingriffs, die sich wiederum aus dem öffentlichen Interesse an der offengelegten Information ergeben soll. Wie sich aber das öffentliche Interesse bemessen lässt, was das öffentliche vom privaten Interesse unterscheidet, beantwortet der EGMR nicht. Er lässt maßgebliche Parameter des Abwägungsvorgangs damit im Vagen. Das bindet ihn in Folgeentscheidungen nicht und erlaubt höchstrichterlichen Zugriff und unauffällige Rechtsprechungskorrekturen in Einzelfällen, ist aber stabilisierungsfähiger Dogmatik und damit einem verlässlichen Schutz des Whistleblowing abträglich, weil das Ergebnis der Abwägung unvorhersehbar bleibt und Whistleblowing unter den generellen und unqualifizierten Vorbehalt gestellt wird, dass als gleichrangig konzipierte Eigentumsrechte nicht beeinträchtigt werden.²¹

Auch im Bereich der Sicherheitspolitik wird regelmäßig eine Relationierung von Sicherheits- und Freiheitsrechten durchgeführt, um die Grenzen zulässigen Whistleblowings zu markieren.²² So gehe es im Hinblick auf Veröffentlichungen auf

¹⁸ Moritz Renner, *Zwingendes transnationales Recht. Gemeinwohlinteressen im Recht jenseits des Staates*, Baden-Baden 2011, S. 196; von *competing obligations* unter unterschiedlichen Regimes spricht Bruno Simma, *Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?*, in: *International and Comparative Law Quarterly* 60 (2011), S. 573 ff. (591).

¹⁹ Konstantin von Busekist/Stephan Fahrig, *Whistleblowing und der Schutz von Hinweisgebern*, Betriebs-Berater 68 (2013), S. 119 ff. (121); zur Kollision von arbeitgeberbezogener Treuepflicht und der staatsbürgerlichen Pflicht, staatsanwaltlichen Informationsverlangen nachzukommen, siehe *BVerfG*, 1 BvR 2049/00 v. 2. Juli 2001 (Anzeige des Arbeitgebers kein Kündigungsgrund).

²⁰ EGMR, Heinisch ./ BRD, 21.07.2011, Az. 28274/08, Rdn. 64 ff.

²¹ Generell zur Kritik an der vorherrschenden Abwägungsobsession, die die Bildung stabiler Verhaltenserwartungen desavouiert, Karl-Heinz Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen 2004, S. 9 f.

²² Mark Fenster, *Disclosure's Effects: WkiLeaks and Transparency*, in: *Iowa L. Rev.* 97 (2012), S. 753 ff.

der Whistleblowing-Plattform WikiLeaks darum, die Meinungsfreiheit mit etwaigen Gegenrechten „im Sinne einer praktischen Konkordanz in Einklang zu bringen“.²³ Das führt dazu, dass sich das Whistleblowing und die Ausübung der Meinungsfreiheit regelmäßig vor dem öffentlichen Sicherheitsinteresse als Gegenrecht legitimieren müssen. Unter diesen Vorzeichen wirkt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Praxis aber nicht selten als „Anschlag auf die Menschenrechte“.²⁴ Im Umgang mit der auf solche Verhältnissetzungen von Individual- und Kollektivgütern spezialisierten Formel der praktischen Konkordanz zeigt sich deutlich, dass die Gemeinschaftsgüter in solchen Kollisionslagen die Freiheitsrechte erdrücken können.²⁵ Die Technik der Herstellung praktischer Konkordanz, mit der die Smend-Schüler Konrad Hesse und Richard Bäumlín das Gratianische Dekret *Concordia Discordantium Canonum* aus dem 12. Jahrhundert in modifizierter Form in die Verfassungsdogmatik des 20. Jahrhunderts überführt hatten,²⁶ ist ein Modell der „repressiven Toleranz“, wie Bäumlín auf der Staatsrechtslehrertagung 1970 freimütig bekannte.²⁷ Die praktische Konkordanz erlaubt es der Praxis, die Grund- und Menschenrechte selbst dort durch Gemeinschaftsaufgaben einzuschränken, wo nach dem Verfassungstext eigentlich eine vorbehaltlose Gewährleistung verlangt ist. Mit der Konkordanz gibt es „keine unbedingte Vorordnung der Grundrechte im Verhältnis zu den Gemeinschaftsaufgaben“ mehr. Das ermöglicht es, „zwischen den einzelnen Momenten der Verfassung, namentlich dem Grundrechtsteil einerseits und den verfassungsrechtlich angeordneten oder vorausgesetzten staatlichen Gemeinschaftsaufgaben wie Schule, Militär, öffentliche Verwaltung andererseits, optimale praktische Konkordanz herzustellen.“²⁸

So gewendet, laufen die verfassungsrechtlichen Schutzmechanismen für das Whistleblowing schnell leer. Verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitserwägungen und die Herstellung praktischer Konkordanzen gehen dann Hand in Hand mit Anti-Spionagevorschriften und desavouieren die gut gemeinten transnationalen Kodizes, zum Schutz des Whistleblowing.²⁹ Unter einen globalen Abwägungsvorbehalt gestellt, bleibt damit vom Tempel der Freiheit des Whistleblowing nur noch eine Ruine übrig. Sobald das Whistleblowing die Praxis der Sicherheitsorgane thematisiert und sich nicht mehr als private Watchdogs in die staatlichen Überwachungsnetze einspannen lässt, ist mit der Toleranz vorbei. Toleranz ist dann eine andere

²³ Thomas Hoeren & Eva-Maria Herring, Urheberrechtsverletzung durch Wikileaks? Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit vs. Urheberinteressen, in: Multimedia und Recht Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (3) 2011, S. 143 ff. (146).

²⁴ Stavros Tsakyrakis, Proportionality: An assault on human rights?, in: I-CON 7 (2009), 463 ff.; zur Disbalance, die der Einzelfallabwägung in solchen Konstellationen strukturimmanent sei siehe Benjamin Rusteberg, Grundrechtsdogmatik als Schlüssel zum Verständnis von Gemeinschaft und Individuum, in: Dana Burchardt u.a. (Hrg.), Kollektivität - Öffentliches Recht zwischen Gruppeninteressen und Gemeinwohl, Baden-Baden 2012, S. 15 ff. (19).

²⁵ Ausführlicher Andreas Fischer-Lescano, Kritik der praktischen Konkordanz, in: Kritische Justiz 41 (2008), S. 166 ff; zur Kollision von Freiheitsrechten und Staatszielen in den USA siehe *Jud Mathews & Alec Stone Sweet*, All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing, in: Emory L.J. 60 (2011), S. 102 ff. (116).

²⁶ Klassisch die Formulierung bei Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999, Rdn. 72: „[V]erfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, dass jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt.“

²⁷ Richard Bäumlín, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVdStRL 28 (1970), S. 3 ff. (19).

²⁸ Bäumlín, ebd., S. 18 f.

²⁹ Melissa Khemani, The Protection of national Whistleblowers: Imperative but Impossible, Georgetown University Law Center, Mai 2009, S. 1 ff. (23).

Bezeichnung für Repression. In seinem Aufsatz zur „repressiven Toleranz“ hat Herbert Marcuse dies auf den Punkt gebracht, indem er kritisierte, dass das, „was heute als Toleranz verkündet und praktiziert wird, in vielen seiner wirksamsten Manifestationen den Interessen der Unterdrückung“ dient.³⁰ Was der transnationale Rechtssetzungsprozess an Freiheit gegeben hat, nehmen Abwägung, Verhältnismäßigkeit und praktische Konkordanz durch die Bindung dieser Freiheiten an kollidierende Individual- und Gemeinschaftswerte wieder zurück.

II. ILLUSION DER VERHÄLTNIEMÄßIGKEIT

Dieser repressive Gehalt der Rechtsmethode der Abwägung, die regelmäßig in der Herstellung vermeintlicher Verhältnismäßigkeit und praktischer Konkordanz gipfelt, ist Ergebnis einer subjektivistischen Fehlspezifizierung, die sich im liberalen Rechtsparadigma, das regelmäßig subjektive Rechte mit Gegenrechten ins Verhältnis setzt, eingenistet hat. Die Abwägung, darauf beruht ihr methodischer Siegeszug, ermöglicht es hierbei den Gerichten und Rechtsarbeiter_innen, Einzelfallgerechtigkeit ohne weitere dogmatische Detailbindung herzustellen – richterlichen Dezisionismus auszuüben, wie Ernst-Wolfgang Böckenförde kritisierte.³¹ Das entscheidende Organ behält alle Freiheiten bei der Entscheidung über Freiheiten in der Kollision, indem die hinter der Entscheidung liegenden politischen Ordnungsgrundsätze und rechtspolitischen Wertungen bis zur Unkenntlichkeit verschleiert werden: „Das Bedrückende an dieser Mischung ist nicht die dialektische concordantia discordantium, sondern der völlige Verzicht auf Wirklichkeitsbezug, und das ist eine juristische Erbsünde.“³² Die Opiate der Abwägungsmethode ertränken gesellschaftliche Interessenkonflikte in einer Soße der Harmonisierung, deren Rezeptur einer rationalen und inklusiven Logik folgen und vorgeblich alle widerstreitenden Gesichtspunkte optimierend zusammenbringen soll.³³ Abwägung ist eine dialektische Wundermethode: Sie kompatibilisiert das Inkompatible. Sie macht das Gegenstrebige und Widerspenstige gefügig.³⁴ Sie transformiert die Gegensatzphilosophie in die juristische Methode.³⁵ Die Anziehungskraft sowohl der Methode der Abwägung beruht darauf, dass durch sie ein Schema bereitgestellt wird, in dem Gründe und Gegengründe, Rechte und Gegenrechte miteinander ins Verhältnis gesetzt werden können, ohne dass offen gelegt werden müsste, welchen politischen Ordnungsprinzipien die Entscheidungen folgen.

Es leuchtet intuitiv ein, dass das Whistleblowing nicht grenzenlos möglich sein darf. *Zu kritisieren ist darum nicht, dass über Abwägung eine Grenze entwickelt wird. Zu*

³⁰ Herbert Marcuse, Repressive Toleranz, in: Wolff/Moore/Marcuse, Kritik der reinen Toleranz, Frankfurt am Main 1966, S. 91 ff. (91).

³¹ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: NJW 1974, S. 1529 ff. (1534).

³² Rudolf Wiethölter, Rechtswissenschaft, Basel 1986 (Nachdr. der Ausgabe von 1968), S. 74.

³³ Statt aller Thomas Riehm, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, München 2006, passim; Aharon Barak, Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations, Cambridge 2012, S. 458 ff.

³⁴ Vgl. Heraklit, Fragmente, Zürich 1983, S. 19; siehe auch Jacob Taubes, Ad Carl Schmitt. Gegenstrebige Fügung, Berlin 1987.

³⁵ Siehe Adam Müllers Lehre vom Gegensatz, von der nur das erste Buch erschien (1908): Adam Müller, Vom Gegensatz. Erstes Buch, in: Schroeder/Siebert u.a. (Hrsg.), Adam Müller. Kritische, ästhetische und philosophische Schriften, Neuwied 1967, Bd. 2, S. 195 ff.; hierzu Regina Ogorek, Adam Müllers Gegensatzphilosophie und die Rechtsausschweifungen des Michael Kohlhaas, in: KleistJahrbuch 1988/89, S. 96 ff.

*kritisieren ist, wie die Abwägung durchgeführt wird, was auf die Waage gelegt wird:*³⁶ Die juristische Methode relationiert Individual- und Kollektivgüter, ohne sich davon einen Begriff zu machen. Sie übersetzt gesellschaftliche Konflikte in Rechtsgüter- oder Prinzipienkonflikte, ohne sich dafür zu interessieren, wo die realgesellschaftlichen Kollisionslinien verlaufen. Die sozialen Konflikte werden so in vermeintlich nach Rationalitäts-, Optimierungs- und Inklusivitätskriterien entscheidbare Rechtskonflikte transformiert. Abwägung, wie sie herkömmlich praktiziert wird, ist die subtile Technik juridischer Halluzination. In Phantomdiskussionen über subjektivistische Prinzipien- und Wertoptimierungen verstrickt, bleibt das Recht blind dafür, dass im Prozess der Abwägung nicht einfach Rechts- und Prinzipienfragen entschieden werden, sondern die jeweilige Fassung der Abwägungslage Ergebnis einer rechtsinternen Reformulierung gesellschaftlicher Konflikte darstellt. Es ist zwar unausweichliches Ergebnis der Autonomsetzung des Rechts, dass gesellschaftliche Konflikte vor einer Entscheidung durch das Recht erst einmal in die Sprache des Rechts zu übersetzen sind. Nicht das Ob dieser Übersetzung ist aber das Problem, sondern Ihre Weise. Das Recht hat kein komplexitätsadäquates Bild von den Konflikten, die es entscheidet. Es hat – Rudolf Wiethölter scharfe Kritik setzt hier an – kein Gespür dafür entwickelt, wie soziale Konflikte juridisch verfremdet werden, was bei der Transformation ins Recht an Realitäten verloren geht und wie die rechtliche Reformulierung die sozialen Fragen sachgerechter in die *quaestio iuris* übersetzen kann:

„Im Rechtsobersatz der Verhältnismäßigkeit habe ich das einflußreichste Transformationsinstrumentarium für die Osmose, für Übersetzungen, für Kovarianzen von Recht und Gesellschaft zu bestimmen versucht, als oberstes und allgemeinstes Produktionsprinzip einer (...) Recht-Fertigung von Kollisionsregeln für die Entscheidung über rivalisierende Rechte, Interessen, Bedürfnisse. Rechtsverhältnisse sind in der Tat (in Deutschland seit Savignys Tagen!) weder reine Objekte von Wertungen noch reine Wertungen von Objekten, sondern immer schon vorvermittelte allgemeine Entscheidung über Zu-Ordnungen von Sachverhalten an ein bestimmtes Recht im Wege der Anknüpfung, als Qualifikation der Rechts-Antworten auf Sozialfragen (...) In den verdeckten Anwendungsprämissen der Qualifikationstheorie selbst, also in der Verwendungsweise des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes steckt ein komplettes gesellschaftstheoretisches Programm (sub verbo Proportionalität, Gerechtigkeit oder ähnlich). Denn die Qualifikationstheorie (nicht die Norm) bestimmt die Auswahl von Gegenstandsbereichen, und sie ist ihrerseits bestimmt (nicht von Normen, sondern) von der Auswahl unter obersten Wertungsalternativen: erklärungs- (und rechtfertigungs) -bedürftig sind mithin die Vermittlungs-Bestimmungen (Verknüpfung) von Gegenständen des (z.B. Wirtschafts-) Rechts und einer von inhaltlicher Theorie (Gesellschaftszwecke, Systemleistungen, auf die Umschreibungen kommt es hier nicht an) angeleiteten Methodologie (Verhältnismäßigkeits-Qualifikationen als Theorie von/für/in Praxis selbst). An

³⁶ So auch unter Bezug auf die Fehlrahmungen der Prinzipientheorie *Philipp Reimer*, „... und machet zu Jüngern alle Völker?“ Von „universellen Verfassungsprinzipien“ und der Weltmission der Prinzipientheorie der Grundrechte, in: *Der Staat* 52 (2013), S. 27 ff.; *Ralf Poscher*, Theorie eines Phantoms. Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, in: *Rechtswissenschaft* 1 (2010), S. 349 ff.; siehe ferner die Abwägungskritik bei *Grégoire Webber*, Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship, in: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 23 (2010), S. 179 ff. und bei *Paul W. Kahn*, The Court, the Community and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powell, in: *Yale L.J.* 97 (1987), S. 1 ff. (4–5).

dieser kritischen Arbeit fehlt es aber. Ob und wie sie zu leisten wäre, läßt sich mit Mitteln des Rechts, der Rechtswissenschaft und Juristen nicht beantworten.³⁷

Das Recht hat, um diese Kritik zusammenzufassen, nur einen unzureichenden und einen nicht ansatzweise reflektierten Begriff davon, was mit der Technik der Abwägung abgewogen, in praktische Konkordanz gebracht und ins Verhältnis gesetzt wird: Interessen, Rechte, Prinzipien, Verfassungsgüter – Kandidaten für die Bestimmung der kollidierenden Einheiten gibt es viele. Gemeinsam ist ihnen aber, dass es immer eine Individual- und Subjektsposition (wahlweise als Recht, Interesse, Prinzip oder Wert ausgewiesen) sein soll, die mit individuellen oder kollektiven Gegennormen, -interessen, -prinzipien oder -werten ins Verhältnis zu setzen sei. Normtheoretisch wird aus dieser Situation gar der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als solcher gerechtfertigt: als ein aus den subjektivistisch verstandenen Freiheitsrechten begründetes dynamisches Verhältnis von Norm und Gegennorm.³⁸

Und genau hier liegt das Problem: Das Recht übernimmt blindlings Grundannahmen liberalistischer Modelle, in denen subjektive Freiheitsrechte mit kollidierenden Subjektiv- oder Kollektivrechten ins Verhältnis gesetzt werden. Eine solche Fehlrahmung des Konflikts führt gerade im Hinblick auf die Frage des Whistleblowing zu absurden Ergebnissen und Argumentationsmustern. So hat beispielsweise das Bundesverteidigungsministerium (BMVg) unter Berufung auf § 97a des Urheberrechtsgesetzes (UrhG) geltend gemacht, dass aus Gründen geistiger Eigentumsrechte (die als Individualrechte beim BMVg lägen) eine Veröffentlichung geleakter Papiere zu unterbleiben und die jeweiligen Whistleblower_innen bei ihrer Veröffentlichung gegen das Erstveröffentlichungsrecht des Urhebers gemäß § 12 Abs. 1 UrhG verstoßen hätten.³⁹ Selbst wenn man in dieser Konfliktrahmung beispielsweise mit der *Germania 3*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auch das Urheberrecht auf eine praktische Konkordanz und damit auf „einen Ausgleich zwischen den verschiedenen - auch verfassungsrechtlich - geschützten Interessen“ verpflichtet⁴⁰ oder die urheberrechtliche Schöpfereigenschaft seitens der Ministerien ablehnt,⁴¹ führt das aus der grundsätzlichen juristischen Fehlrahmung nicht heraus. Es ist eben nicht einfach so, dass beim Whistleblowing ein individuelles Freiheitsrecht (Meinungs- bzw. Pressefreiheit der Whistleblower) mit individuellen (Urheberrecht als Ausdruck des Eigentumsrechts) oder kollektiven (Staatsräson, Staatssicherheit etc.) Gegenrechten kollidiert. Diese Subjektivierung wird der

³⁷ Rudolf Wiethölter, Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht, in: Kritische Justiz 18 (1985), S. 126 ff. (139).

³⁸ Andreas von Arnald, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, in: Juristenzeitung 55 (2000), S. 276 ff.

³⁹ Thomas Wiegold, Interna aus dem Krieg? Verteidigungsministerium pocht aufs Urheberrecht, 08.04.2013 abrufbar über (letzter Abruf 14.08.2013) <http://augengeradeaus.net/2013/04/interna-aus-dem-krieg-verteidigungsministerium-pocht-aufs-urheberrecht/>; siehe ferner James Freeman, Protecting State Secrets as Intellectual Property: A Strategy for Prosecuting WikiLeaks, in: Stan. J. Int'l L. 48 (2012), S. 185 ff.

⁴⁰ BVerfG, 1 BvR 825/98 vom 29.6.2000 (*Germania 3*), Rdn. 23. Die Entscheidung bezieht sich auf die unautorisierte Verwendung Brecht'scher Textpassagen in Heiner Müllers gleichnamigem Theaterstück.

⁴¹ So wie bei Thomas Hoeren, Veröffentlichung geleakter Geheimdokumente. Definitiv keine Frage des Urheberrechts, in: Legal Tribune Online vom 19.04.2013, abrufbar unter (letzter Abruf 14.08.2013) <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bundesverteidigungsministerium-waz-abmahnung-afghanistanpapiere-urheberrecht/>; vgl. aber ders. & Eva-Maria Herring, Urheberrechtsverletzung durch Wikileaks? Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit vs. Urheberinteressen, in: Multimedia und Recht Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (3) 2011, S. 143 ff.

Komplexität des Konfliktes nicht gerecht.⁴² Denn es geht beim Schutz des Whistleblowings nicht um die individualfreiheitssichernde Auflösung der Kollision subjektiver Rechte oder Prinzipien und ihrer Gegenrechte, sondern um Schutz und Selbstbegrenzung in personaler Autonomieräume der Kommunikation. Das subjektive Recht selbst ist dann das Problem, das einer angemessenen Thematisierung des Whistleblowing im Wege steht.

Die Rückführung transnationaler Konflikte wie derjenigen, die sich am Whistleblowing entzündet haben, auf Kollisionen subjektiver Rechte und vermeintlicher Gegenrechte ist wirklichkeitsfremd. Detailkorrekturen an der Abwägungsmethode, wie ein Verzicht auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Abwägung oder die Engführung der Schutzbereichsanalyse, die Kollisionslagen vermeiden soll, setzen nicht tief genug an: Das subjektive Recht, der Schutzbereich des kompakten Individualgrundrechts, die Maßeinheit personaler Freiheitsrechte selbst ist das Problem: Zwar ist das subjektive Recht als solches zunächst einmal Ergebnis eines Prozesses der Ausdifferenzierung. Aus dem *ius*, das als integrale Einheit Rechte und Pflichten im Gemeinwesen nicht differenzierte, und der römischen *actio*, die Rechte und ihre prozessuale Durchsetzbarkeit gleichsetzte, entwickelte sich das von prozessualen Erwägungen und Gemeinschaftsmodellen unabhängige subjektive Recht. Seine Erfindung ermöglicht es, Rechtsverhältnisse von bilateralen Reziprozitätsverhältnissen auf komplementäre Verhaltenserwartungen umzustellen, soziale Beziehungen sozusagen zu entquicken: „An die Stelle vorgegebener und beurteilender Symbiosen von Rechten und Pflichten tritt die soziale Ermächtigung zum Handeln. Die soziale Referenz ist auf das Zulassen von etwas reduziert, was seine Antriebskraft im Handelnden selbst hat, in seiner *libertas intrinseca*, in seinem Willen, in seinen Interessen.“⁴³

Die Dogmatik subjektiver Rechte abstrahiert aber nicht weit genug. Sie hat vielmehr zu einem folgenschweren Empirismus des Rechts geführt, der nicht einfach ein Sein-Sollens-Fehlschluss ist: Nicht dass das Recht aus dem Sein aufs Sollen schließt, wie Hans Kelsen an Eugen Ehrlich kritisiert hat,⁴⁴ ist das Problem. Die Lage ist dramatischer: Der Fehlschluss liegt schon darin, dass das Recht seine gesellschaftliche Umwelt als seiende behandelt, dass es von real existierenden Subjekten aus denkt, denen subjektive Rechte zugewiesen sind. Denn dadurch wird der Empirismus des Rechts, wie Christoph Menke zu Recht kritisiert hat, das entscheidende Faktum in der rechtlichen Konstitution der als Naturbasis verstandenen bürgerlichen Gesellschaft.⁴⁵ Rechte können aber nicht auf prärechtlichen vernunftorientierten Subjekten aufsetzen. Die Subjekte gibt es in der Form, die das Recht ihnen zuweist, gar nicht. Sie sind nur Als-Ob-Subjekte, Projektionen des Rechts, abstrahierende Einkleidung, die den Menschen aus Fleisch und Blut auf vernünftige Willenswesen reduziert und zudem die gesellschaftliche Bedingtheit des *homo iuridicus* verdeckt. Kritik am Empirismus entthront das Subjekt als Alpha und Omega des Rechts. Das privatautonome Rechtssubjekt ist nicht die

⁴² *Simon Springer u.a.*, Leaky Geopolitics: The Ruptures and Transgressions of WikiLeaks, in: *Geopolitics* 17 (2012), S. 681 ff. (685).

⁴³ *Niklas Luhmann*, Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft, in: ders., *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 2, Frankfurt am Main 1993, S. 45 ff. (74).

⁴⁴ *Hans Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 39 (1915), S. 839 ff. (843): „So sind auf dem Gebiet des Rechts Sein- und Soll-Regel der Form nach gänzlich verschieden“.

⁴⁵ *Christoph Menke*, Die Selbstreflexion des Rechts, Manuskript 2013, S. 99.

Sonne, um die sich das rechtliche Planetensystem dreht. Seine Gravitationskraft kommt in einer funktional ausdifferenzierten Gesellschaft zum Erliegen.

Das trifft sich mit Analysen, die schon immer den transsubjektiven Charakter der Freiheitsrechte herausgestellt und die Rechtsform des subjektiven Rechts deplausibilisiert haben. Niklas Luhmann hat das in aller Schärfe gesehen und die juristische Verfremdung sozialer Konflikte als Kollisionen subjektiver Rechte dafür kritisiert, für die aktuellen Herausforderungen in den System-Umwelt-Beziehungen der Weltgesellschaft keine Antwort zu haben: „Gerade dies sind jedoch die Probleme, die sich in einer funktional ausdifferenzierten Gesellschaft mit relativ autonom operierenden Teilsystemen zunehmend stellen, und zwar in den gesellschaftsinternen Systembeziehungen ebenso wie im Verhältnis des Gesellschaftssystems selbst zu seiner natürlichen und personalen Umwelt. Gerade in der Gesellschaftsordnung, die mit Hilfe dieser subjektbezogenen Semantik aufgebaut worden ist, mag sich deshalb eine Lage ergeben, in der diese Semantik nicht mehr überzeugt und ihre Plausibilität einbüßt.“⁴⁶

Ein Recht, das Gesellschaft als aus „Subjekten“ bestehend beschreibt, operiert nicht komplexitätsadäquat. Es ist wirklichkeitsfremd, hat keinen Begriff von Sozialität und verfälscht gesellschaftliche Konflikte zur Unkenntlichkeit. Es hat – weil es vom vernünftigen Subjekt aus denkt – keinen Raum für ökologische und soziale Fragen, keine Sprache für institutionelle Konflikte und keinen Begriff von menschlicher Freiheit.

III. IMPERSONALE FREIHEITSGEWÄHRLEISTUNG

Den Schutz des Whistleblowing lediglich als Schutz von Subjektivrechten zu begreifen, die Frage des Whistleblowing gar vom guten Glauben der Whistleblower abhängig zu machen, verkennt darum die transsubjektive Dimension des Whistleblowing als spezifische Form der Intervention in öffentliche Räume. Whistleblowing verteidigt die basale Formen demokratischer Partizipation und Kontrolle gegen Übergriffe eines transnationalen Sicherheitsdispositivs, das auf rechtswidrige Praktiken zurückgreift und dabei die Verantwortlichkeiten invisibilisiert. Mit WikiLeaks ist ein globaler Kommunikationsraum entstanden, der sich in Anlehnung an die „Declaration of the Independence of Cyberspace“⁴⁷ weitgehende Autonomie von den staatlichen Rechtsordnungen verschafft hat.⁴⁸ Um die Autonomie dieses öffentlichen Raums zu gewährleisten, nutzte WikiLeaks zunächst eine Cloud-Strategie.⁴⁹ Im Zuge der Veröffentlichung der Irakpapiere gewährleistete ein Netz von

⁴⁶ Niklas Luhmann, Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft, in: ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 2, Frankfurt am Main 1993, S. 45 ff. (80).

⁴⁷ John P. Barlow, Declaration of the Independence of Cyberspace, 9.2.1996, abrufbar über (letzter Abruf 14.08.2013) https://w2.eff.org/Censorship/Internet_censorship_bills/barlow_0296.declaration. Die Erklärung beginnt bekanntlich mit den Worten: „Regierungen der Industriellen Welt, ihr müden Riesen aus Fleisch und Stahl, ich komme aus dem Cyberspace, dem neuen Zuhause des Geistes. Als Vertreter der Zukunft bitte ich euch aus der Vergangenheit, uns in Ruhe zu lassen. Ihr seid nicht willkommen unter uns. Ihr habt keine Souveränität, wo wir uns versammeln.“

⁴⁸ Hierzu Gunther Teubner, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 63 (2003), S. 1 ff.

⁴⁹ Primavera De Filippi & Luca Belli, Law of the Cloud v Law of the Land: Challenges and Opportunities for Innovation, in: European Journal of Law and Technology 3/2 (2012), S. 1 ff.

Spiegelservern die Erreichbarkeit. Mit den Bestrebungen, die Server offshore zu installieren, um den autonomen Raum freier Kommunikation zu stabilisieren, versucht sich WikiLeaks dauerhaft dem staatlichen Zugriff zu entziehen und freie Kommunikationsräume zu erhalten. Solche freien Kommunikationsräume, die sich dem Zugriff, der Kontrolle und Steuerung durch politische, militärische und wirtschaftliche Institutionen entziehen, bilden die zentrale Voraussetzung dafür bilden, dass Demokratie, spontane und eruptive Meinungsäußerungen möglich bleiben. Nur durch ihre Freihaltung kann totalisierenden Tendenzen transnationaler Sicherheitsdispositive begegnet werden. Darin liegt die demokratische Funktion einer Whistleblowing-Plattform wie WikiLeaks.

Das juristische Suchschema nach verhältnismäßigen und abgewogenen Ausübungsformen individueller Freiheitsrechte wird dieser fundamentalen Bedeutung des Whistleblowing für die Demokratie nicht annähernd gerecht: Um Whistleblowing durch Formen inpersonaler Freiheitsgewährleistung effektiv zu schützen und zugleich Schädigungen durch Whistleblowing zu begegnen, ist es nötig, dass das Recht die gesellschaftlichen Konfliktlinien in der quaestio iuris nachzeichnet. Die durch WikiLeaks geschaffenen Kommunikationsräume sind Räume inpersonaler Freiheitsausübung. „Inpersonale Freiheit“, so hat dies Karl-Heinz Ladeur im Anschluss an Helmut Ridder konzipiert, bezeichnet „den Schutz der Selbstdefinition eines Prozesses der Meinungsbildung, dem auch die Fähigkeit zur Reflexion auf seine Regelhaftigkeit zugeschrieben wird. Diese Fähigkeit zur Selbstorganisation wird durchaus plausibel als Freiheit geschützt, deren inpersonaler Charakter sich darin zeigt, daß es nicht um die Selbstdefinition von Individuen, sondern die distribuierte Erzeugung einer eigenständigen Regelhaftigkeit geht.“⁵⁰ Indem sich das traditionelle Grundrechtsdenken auf den Schutz personaler Autonomieräume konzentriert, reduziert es das Panorama komplexer gesellschaftlicher Verhältnisse, in denen Menschen im Kontext ausdifferenzierter gesellschaftlicher Sphären agieren, auf einen Minimalausschnitt und erhebt ihn zur einzigen Welt. Gesellschaft erschöpft sich aber nicht in der Interaktion vernunftbegabter Subjekte und darum erschöpfen sich die Grundrechtsfragen auch nicht darin, Regeln für intersubjektive Freiheiten zu treffen. Vielmehr geht es darum, deutlich zwischen der Gefährdung für die Integrität von Menschen, Rechtssubjekten und inpersonalen Institutionen zu unterscheiden. Grundrechte stellen, so gefasst, soziale und rechtliche Gegeninstitutionen zu Expansionstendenzen von Sozialsystemen dar. Sie schützen nicht einfach subjektive Rechte, sondern je nach Ausprägung Menschen in ihrer körperlichen Integrität, Rechtspersonen in ihrer Freiheit oder inpersonale und institutionelle Autonomieräume.⁵¹

Die Erweiterung des Blicks auf transsubjektive Freiheitsrechte öffnet die Möglichkeit, die Verwobenheit menschlicher und gesellschaftlicher Emanzipation im Recht rezuformulieren: Menschliche Entfaltung ist erst im Zusammenspiel mit der Etablierung gesellschaftlicher Kommunikationsräume möglich. Um in drei Schritten die Folgen einer solchen Umstellung auf transpersonale Freiheitsgewährleistung für das Recht des Whistleblowing kurz zu skizzieren:

⁵⁰ *Karl-Heinz Ladeur*, Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie, *Kritische Justiz* 32 (1999), S. 281 ff. (290); siehe schon *Helmut Ridder*, Die Meinungsfreiheit, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlin 1954, S. 242 ff.

⁵¹ *Gunther Teubner*, Die anonyme Matrix. Zu Menschenrechtsverletzungen durch "private" Akteure, in: *Der Staat* 44 (2006), S. 161 ff.

1. *Schritt – Kraftentfaltungen ermöglichen:* In einem ersten Schritt gilt es zu verstehen, dass der Schutz des Whistleblowing nicht nur die individuelle Entfaltung, sondern zugleich den autonomen Kommunikationsraum sichert. Die Mahnung von Ludwig Raiser, der schon früh gefordert hat, dass die Perspektive des Subjektivrechtes durch eine Perspektive des Institutionenschutzes ergänzt werden muss, ist darum aktueller denn je: „Die Möglichkeit, die eigenen Kräfte zu entfalten, und die Chance, dabei wirtschaftlichen Gewinn zu erzielen, sollten nicht als subjektive Rechte gegenüber Mitbewerbern und Abnehmern verstanden werden.“⁵² An dieses Ziel, die individuelle Entfaltung durch Institutionenschutz zu ermöglichen, schließt auch Gunther Teubners Plädoyer für einen Schutz des Whistleblowing an. Teubner zielt darauf, durch die gezielte Förderung abweichenden Verhaltens in sozialen Institutionen Selbstheilungskräfte freizusetzen, die zu „Dissens, Protest, Opposition und Zivilcourage gegenüber der lähmenden Atmosphäre von ... [H]ierarchien und gegenüber Konformitätspressionen“ anregen.⁵³ Ziel der Freisetzung des Whistleblowing ist dann, eine Kultur der Abweichungsermöglichung zu etablieren. Der damalige Generalstaatsanwalt Fritz Bauer hat das anlässlich der Spiegelaffäre 1962 deutlich gesehen, als er kritisierte, dass im Fall von Rudolf Augstein und Conrad Ahlers „Nichtkonformismus mit Zuchthaus als Folge diffamiert“ wurde.⁵⁴ Die Aufgabe bleibt dringend, effektive Schutzvorkehrungen zu entwickeln, um Whistleblower vor Sanktionen zu schützen. Es ist zynisch, dass Edward Snowden, Bradley Manning und andere aus Sicherheitsgründen schikaniert und verfolgt werden, weil sie es gewagt haben, das Whistleblowing nicht nur als Watchdog im Dienste der Sicherheitsdienste sondern als Watchdog über die Sicherheitsdienste zu praktizieren und dadurch die Sicherheitsdispositive herauszufordern. Neben dem individuellen Schutz der Whistleblower, ihrer Mitarbeiter_innen und ihren Vertrauten vor dem Zugriff der Sicherheitsdispositive geht es aber zugleich darum, die Bedeutung des Whistleblowing für den demokratischen Prozess zu sehen: Beim Whistleblowing geht es nicht allein um die individuelle Kraftentfaltung, sondern zugleich um die Freisetzung gesellschaftlicher Kräfte.⁵⁵ Abstrakt formuliert besteht die Herausforderung darin, es zu ermöglichen, dass die transnationalen Sicherheitsorgane wieder den Imperativen demokratisch organisierter, gesellschaftlicher Kräfte gehorchen und nicht umgekehrt. Denn auf dem Spiel steht die Möglichkeit der Rückgewinnung der gesellschaftlichen Disposition über die sicherheitspolitischen und sozio-ökonomischen Verhältnisse.

2. *Schritt – Kollisionen bestimmen:* Die hierbei entstehenden Kollisionen, Konflikte, Interessengegensätze, Realwidersprüche und antagonistischen Auseinandersetzungen sind nicht einfach Kollisionen von subjektiven Freiheitsrechten (oder gar subjektive Freiheitsprinzipien) mit kollidierenden (individuellen oder kollektiven) Gegenrechten. Es geht vielmehr um die Kollision inkompatibler gesellschaftlicher Sphären, die sich gegenseitig überwältigen und schädigen. Für das destruktive Potential einer schon damals globalisierten

⁵² Ludwig Raiser, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, in: Juristenzeitung 16 (1961), S. 465 ff. (472).

⁵³ Gunther Teubner, Whistleblowing gegen den Herdentrieb?, in: Dirk Becker u.a. (Hrsg.), Ökonomie der Werte, Marburg 2013, S. 39 ff. (39).

⁵⁴ Fritz Bauer, Schriftliche Stellungnahme von Generalstaatsanwalt Dr. Fritz Bauer, in: Gerd Ruge (Hg): Landesverrat und Pressefreiheit. Ein Protokoll, Köln 1963, S. 135 ff. (139 f.).

⁵⁵ Zum Begriff der Kraft in diesem Zusammenhang Andreas Fischer-Lescano, Rechtskraft, Berlin 2013, S. 115 ff.

wirtschaftlichen Rationalität ist dies seit den Pionieranalysen von Karl Marx immer wieder belegt worden.⁵⁶ Max Weber hat mit Hilfe des Konzepts des modernen Polytheismus dieses Gefährdungspotential nicht nur der Wirtschaft, sondern auch anderer Lebensbereiche nachgewiesen und daraus resultierende bedrohliche Rationalitätenkonflikte analysiert.⁵⁷ Heute spricht man mit Jean-Francois Lyotard regelmäßig von Diskurskollisionen.⁵⁸ Inzwischen sind die gesellschaftlichen, humanen und ökologischen Risiken anderer hochspezialisierter Globalsysteme, etwa der Wissenschaft und der Technologie, auch einer breiteren Öffentlichkeit sichtbar geworden. Wirtschaftliche, wissenschaftliche, militärische, technologische, aber auch politische Sphären lösen einen „clash of rationalities“ in der Weltgesellschaft mit all seinen destruktiven Tendenzen aus.⁵⁹ Das wirkt sich auch auf das Whistleblowing aus, das im Kontext des Wirtschaftssystems andere Konflikte evoziert als im Kontext transnationaler Diplomatie und transnationaler Sicherheit. Was zu den Kerninteressen transnationaler Öffentlichkeit gehört, über die die Information durch Whistleblowing auch gegen kollidierende Rationalitäten geboten ist, bemisst sich hier je nach unterschiedlichen Kriterien. Die juristische Aufgabe besteht darin, die jeweilige Sphärenkonstellation genau zu bestimmen und sachgerechte Kollisionsregeln zu entwickeln, die sich nicht in der Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit erschöpfen, sondern jeweils ein Generalisierungspotential aufweisen, das wiederum Möglichkeitsbedingung von rechtsdogmatischen Stabilisierungen darstellt.

3. Schritt – Verhältnismäßigkeit mäßigen: Entsprechend muss sich die Methode der Herstellung der Verhältnismäßigkeit hier selbst mäßigen. An die Stelle des ubiquitären Zugriffs auf den Konflikt durch die unspezifische Inverhältnissetzung von Freiheitsprinzipien und deren Sozialbindung muss die Entwicklung von Normierungen treten, die den jeweiligen Sachbereich adäquat vor den eigenrationalitätsmaximierenden Übergreifen anderer Sachbereiche schützen. Natürlich ist beispielsweise der Kernbereich des diplomatischen Verkehrs rechtlich zu gewährleisten, muss diplomatische Vertrauensbildung auch in Hinterzimmern möglich sein, ist vollständige Transparenz der Diplomatie abträglich.⁶⁰ Auf der anderen Seite kann in Bezug auf das sicherheitspolitische Whistleblowing der Schutz des militärisch-polizeilichen Komplexes vor dem Licht der Öffentlichkeit nicht grenzenlos sein. Wann Geheimhaltung geboten und wann sie verboten ist, ist aber nicht von den politischen Klassifikationen als „geheim“ abhängig.⁶¹ Das würde die Öffentlichkeit der Politik und nicht die Politik der Öffentlichkeit unterwerfen. Es kommt darum vielmehr darauf an, dass in der Kollision der Logiken des öffentlichen Interesses an Aufklärung auf der einen und des jeweiligen Sachbereiches an Geheimhaltung auf der anderen Seite generalisierungsfähige Kollisionsnormen entwickelt werden. Immer geht es hierbei darum, die öffentliche Debatte und

⁵⁶ Am beeindruckendsten *Karl Polanyi*, *The Great Transformation: Politische und Ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen* (1944), 2. Aufl., Frankfurt am Main 1995, S. 270 ff.

⁵⁷ *Max Weber*, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3. Aufl., Tübingen 1968, S. 605 ff.

⁵⁸ *Jean-Francois Lyotard*, *Der Widerstreit*, 2. Aufl., München 1989, S. 9 ff.

⁵⁹ *Niklas Luhmann*, *Die Weltgesellschaft*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 57 (1971), S. 1 ff.

⁶⁰ Das ist der richtige Kern der Forderung von *Wolfgang Ischinger*, *Das Wikileaks-Paradox: Weniger Transparenz, mehr Geheimdiplomatie*, in: Geiselberger (Hrsg.), *Wikileaks und die Folgen*, Berlin 2011, S. 155 ff.

⁶¹ *Rahul Sagar*, *Das mißbrauchte Staatsgeheimnis. Wikileaks und die Demokratie*, in: Geiselberger (Hrsg.), *Wikileaks und die Folgen*, Berlin 2011, S. 201 ff. (217).

Diskussion soweit zu ermöglichen, dass die gesellschafts-öffentliche Rückbindung der jeweiligen Sphären ermöglicht wird.⁶² Die Aufgabe des Rechts in dieser Spannung zwischen Sphärenautonomie und Sphärenresponsivität ist es, Inkompatibilitätsnormen zu entwickeln, die der Gefahr entgegenreten, dass Politik, Wirtschaft, Wissenschaft und andere Sphären durch die ubiquitäre Berufung auf Gemeinwohlinteressen wie Sicherheit, Staatswohl und Geheimhaltungsbedürftigkeit die Möglichkeiten demokratischer Kontrolle aushöhlen.⁶³ Die Funktion des Rechts liegt hierbei darin, transnationale Autonomieräume der öffentlichen Diskussion, Meinungsbildung und Auseinandersetzung gegen Intervention und Übergriffe zu verteidigen; im Bereich der Sicherheit also: zu ermöglichen, dass die transnational vernetzte Sicherheitspolitik demokratischer Kontrolle und Disposition unterstellt ist. Ein demokratischer Prozess in Verteidigungs- und Sicherheitsfragen – Adolf Arndt hat darauf in den frühen Auseinandersetzungen um den Begriff des Staatsgeheimnisses zu Recht hingewiesen – kann sich nur dann bilden, „wenn das Volk über Tatsachen unterrichtet wird, die für das Bilden seines Willens bedeutsam sind.“ Für die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in den kommunikativen Autonomieraum ist darum entscheidend, dass auch die Streitkräfte und Geheimdienste „der öffentlichen Kontrolle und Kritik unterstellt bleiben müssen und im Zweifel nicht für die Einschränkung, sondern für die Freiheit der Information zu entscheiden ist.“⁶⁴ Im Hinblick auf den Schutz und die Begrenzung des Whistleblowing bedeutet das, dass für die Bewertung der Zulässigkeit des Whistleblowing die Motive der Whistleblower gänzlich irrelevant sind. Maßgeblich ist hingegen, dass Geheimnisse, deren Rechtmäßigkeit zweifelhaft und gerade Gegenstand öffentlicher Debatte ist, keinen Schutz beanspruchen dürfen: Kriegsverbrechen und Menschenrechtsverletzungen zu begehen, ist keine vor einer kritischen Öffentlichkeit zu schützende Staatsaufgabe und gehört auch nicht zum geheimhaltungswürdigen Kern transnationaler Sicherheitspolitik. Auch Maßnahmen, die in Grundrechte und Integritätsrechte eingreifen, ohne dass für sie eine hinreichende rechtliche Grundlage existiert, sind nicht geheimnisfähig. Die Offenlegung von Kriegsverbrechen im Irak und in Afghanistan durch Whistleblowing kann demnach genauso wenig eine Rechtswidrigkeit darstellen wie die Information über geheime Überwachungsprogramme transnational kooperierender Geheimdienste, die offenkundig die transnationalen Grund- und Menschenrechte auf Schutz von persönlichen Daten verletzen.⁶⁵

⁶² Die deutsche Hochschulrektorenkonferenz hat in einer Empfehlung vom 14. Mai 2013 versucht, dem wissenschaftlichen Whistleblowing diese öffentliche Einbindung zu nehmen: „Zum Schutz der Hinweisgeber (Whistle Blower) und der Betroffenen unterliegt die Arbeit der Ombudspersonen höchster Vertraulichkeit. Die Vertraulichkeit ist nicht gegeben, wenn sich der Hinweisgeber mit seinem Verdacht an die Öffentlichkeit wendet. In diesem Fall verstößt er regelmäßig selbst gegen die Regeln der guten wissenschaftlichen Praxis.“ – Ein solches Öffentlichkeitsverbot gefährdet die wissenschaftliche Arbeit, die ihre Grundlage in der freien Diskussion über formelle und inhaltliche Qualitäten der Wissenschaft und ihre gesellschaftliche Verantwortung findet, im Ergebnis aber mehr als einzelne Plagiatsverfahren; siehe darum die Kritik bei *Roland Preuss*, „Man darf eine kritische Öffentlichkeit nicht ausschließen“, in: *Süddeutsche Zeitung* vom 10.06.2013.

⁶³ Zu einer Inkompatibilitätsnorm in anderem Kontext *Gunther Teubner*, Ein Fall struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 83 (2000), S. 388 ff.

⁶⁴ *Adolf Arndt*, Umwelt und Recht, in: *NJW* 1963, S. 24 ff. (25 f.); vgl. hierzu die Tatbestandsausnahme bei „Tatsachen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder unter Geheimhaltung gegenüber den Vertragspartnern der Bundesrepublik Deutschland gegen zwischenstaatlich vereinbarte Rüstungsbeschränkungen verstoßen,“ wie er in § 93 Abs. 2 StGB vorgesehen ist.

⁶⁵ Zu den Herausforderungen des transnationalen Datenschutzes *Felix Hanschmann*, Das Verschwinden des Grundrechts auf Datenschutz in der Pluralität von Rechtsregimen, in: *EuGRZ* 2011,

Whistleblowing zielt darum nicht auf eine gläserne Politik, nicht darauf, die totale Durchleuchtung des Privaten mit der Forderung nach einer totalen Durchleuchtung der Politik zu kontern. Whistleblowing zielt darauf, die öffentliche Diskussion und Meinungsbildung über illegale, undemokratische und in die Freiheitsrechte eingreifende Praktiken transnational vernetzter Sicherheitsdienste und -organe zu ermöglichen. Dies ist die Voraussetzung dafür, die demokratische Disposition über zentrale Fragen transnationaler Sicherheitspolitik zurückzugewinnen: In einer Situation, in der die nationalen Formen demokratischer Kontrolle und Partizipation offensichtlich an ihre Grenzen stoßen, geben WikiLeaks, Edward Snowden, Julian Assange, Bradley Manning und all diejenigen, die ihr Leben für unsere Freiheit einsetzen, Anlass zur Hoffnung, dass wir die Grundlagen unserer Demokratie gegen die transnational vernetzten Sicherheitsdienste und -organe werden verteidigen können.

S. 219 ff.; zu den nun einsetzenden Bemühungen siehe beispielsweise *Carlo Pitz*, Weltweiter Datenschutz, in: FAZ v. 31.07.2013, S. 19.