

ANTI-TERROR-GESETZE: NETZE AUSSPANNEN ODER BETONBÖDEN GIEßEN? ¹

von Prof. Dr. Benno Heussen

Ein Bündel von Anti-Terror-Gesetzen hat die staatlichen Befugnisse bei Ermittlungs- und Strafverfahren in den letzten Jahren erheblich ausgeweitet. In jedem dieser Gesetze können sie praktisch nur realisiert werden, wenn der Staat sich auf computergestützte Techniken verlässt, deren Nutzen und Gefahren jedem vertraut sind, der sich mit dem Recht der Informationstechnologie beschäftigt. Um nur die wichtigsten zu nennen:

- der Große Lauschangriff ¹
- das Luftsicherheitsgesetz²
- die Rasterfahndung³
- die automatisierte Erfassung der Autokennzeichen⁴
- die Online -Durchsuchung ⁵ und zuletzt:
- das BKA- Gesetz⁶

Viele Einzelmaßnahmen, die in ihnen vorgesehen sind, klingen logisch, viele beseitigen Fehler, schließen Lücken oder beseitigen Widersprüche, die die Praxis aufgedeckt hat.

Nur ein Beispiel von vielen: es ist bestimmt zweckmäßig dem Bundeskriminalamt zentrale Kompetenzen in allen Fragen zu geben, die vermutlich bundesweite Auswirkungen haben und man könnte sogar noch

¹ 100 c StPO, dazu BVerfG NJW 2004,999

² BGBl 2005 I S. 78, dazu BVerfG, NJW 2006,751

³ §31 NWPolG 1990, dazu BVerfG, NJW 2006,1939

⁴ HessSOG und SchlHLVwG, dazu BVerfG NJW 2008,1505

⁵ NWVerfSchG , dazu BVerfG NJW 2008,822

⁶ BKA-Gesetz vom 25.12.2008, BGBl I , 3083

weiter gehen und überall da, wo das BKA die Kompetenzen an sich nehmen darf, anderen Polizeibehörden gleichlautende Kompetenzen wegnehmen, um Doppelarbeit und Informationschaos zu verhindern.⁷ Einige der Änderungen waren verfassungsrechtlich veranlasst, wobei es fragwürdig bleibt, ob die Neufassungen die Absichten des Bundesverfassungsgerichts stets richtig erfasst haben.⁸

Andere Sicherheitsgesetze, die schon heute vielfältig angewendet werden und deren Berechtigung niemand in Zweifel zieht wie etwa die Passagierkontrollen an den Flughäfen schaffen so grundlegenden emotionalen Ärger, dass nur noch Exhibitionisten, die sich gern vor aller Augen entkleiden, am Fliegen ihre Freude haben können. Und wenn man die Kontrolleure ironisch darauf hinweist, man habe das letzte Mal im Knast seinen Gürtel abgeben müssen, ist man schneller wieder dort, als man sich gedacht hat.

Anders als zu RAF-Zeiten befindet man sich heute in bester Gesellschaft, wenn man auf die Gefährdung des Rechtsstaats durch die neuen Sicherheitsgesetze hinweist. Die meisten Einzelmaßnahmen erreichen diese Schwelle natürlich nicht, aber irgendwann wird der letzte Tropfen fallen, der den Eimer zum Überlaufen bringt. Bei der Überfülle der Einzelregelungen wird man das vielleicht nicht einmal mehr merken. Im alten China gab es einen berühmten Scharfrichter, dessen Dienste auch von den Verurteilten sehr geschätzt wurden, weil er schmerzfrei zu köpfen verstand. Und als eines Tages ein Verurteilter vor ihm kniete, die ge-

⁷ Polizei und Geheimdienste hingegen sollten stets strikt getrennt bleiben, weil ihre Tätigkeit nach unterschiedlichen rechtlichen Maßstäben zu bewerten und zu kontrollieren ist.

⁸ Das gilt insbesondere für § 160a StPO/53 StPO und § 100c StPO

fesselten Hände hob und um den letzten Streich bat, sagte dieser Henker nur: »*Nicken Sie mal*«!

So wird es auch uns gehen, wenn sich in den Händen des Staates unkontrollierbar große Datenmengen befinden, deren Nutzen erfahrungsgemäß gerade mit ihrer Menge abnimmt. Selbst der Datenschutzbeauftragte des Bundes, Peter Schaar meint:

„Eine Sicherheitspolitik, die sich darauf konzentriert, immer mehr Daten anzuhäufen, ist selbst ein Sicherheitsrisiko⁹.“

Gegen diese schleichende Erosion rechtsstaatlicher Kontrollen¹⁰ gibt es ein, vom Staat immer wieder beschworenes Beruhigungsmittel: den Richtervorbehalt! Viele Einzelmaßnahmen sollen vorher durch einen Richter überprüft und genehmigt werden. Ermittlungsrichter sind üblicherweise jüngerer Leute, die noch eine Menge zu lernen und im Übrigen eine Karriere vor sich haben. Wie hoch ist die Wahrscheinlichkeit, dass sie Beweismitteln, die nur die eine Seite ihnen vorlegt, auch beim besten Willen widersprechen könnten? Die Antwort auf diese Frage könnte man sehr leicht finden: in wie vielen Fällen haben in der Vergangenheit Ermittlungsrichter solche Anträge abgelehnt? Diese Zahl ist natürlich ein Staatsgeheimnis, aber sie würde uns eine Beurteilung darüber erlauben, wie hoch die Wahrscheinlichkeit dafür ist, dass demnächst auch ein Richter die Ermittlungen gegen jeden von uns genehmigt. So zum Beispiel, wenn unsere Kreditkarten gestohlen und von einem Terroristen - oder von jemandem, der nur arabisch genug aussieht -

⁹ Interview in der Tagesschau vom 28.5.2008

¹⁰ Ausführlich zum Thema: *Graf von Westphalen*, Anwaltsblatt 2008,801 ff; *Ignor* NJW 2007,3403.

zum Kauf von Sprengstoffzutaten – vor allem: Weizenmehl! ¹¹ - in einem Supermarkt gleich ums Eck verwendet worden sind.

Das einzig wirksame Mittel wäre es, nach Abschluss der Maßnahmen (falls die Ermittlungen nicht zu einem Strafverfahren führten, in dem die Vorgänge wahrscheinlich aufklärbar sind) jeden Betroffenen nicht nur darüber zu informieren, dass er überwacht worden ist und ihm zu ermöglichen, im Nachhinein dagegen vorzugehen ¹², sondern ihm auch ausdrücklich Schadensersatzansprüche zuzubilligen, falls die Überwachung unverhältnismäßig war - so zum Beispiel in allen Fällen, in denen die Ermittlungsbehörde dem Richter nicht alle Informationen gegeben hat, über die sie selbst verfügte. Nur so könnte sich schrittweise eine Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Maßnahmen bilden, an der der Staat und alle Beteiligten sich orientieren könnten.

Viel bedenklicher erscheint mir aber die Tatsache, dass der Gesetzgeber offenbar gar nicht mehr die Vorstellung hat, es könne ihm gelingen, Gesetze zu erlassen, die einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhalten¹³. Alle oben zitierten Maßnahmen sind vom Bundesverfassungsgericht entweder aufgehoben oder stark relativiert worden. Zu jedem der Gesetzesvorhaben gab es außerhalb des Parteienspektrums umfangreiche Stellungnahmen des Deutschen Anwaltvereins und der Bundesrechtsanwaltskammer, die auf alle verfassungsrechtlich bedenklichen Punkte hingewiesen haben. Ein Gesetzgeber, der sich selbst nicht mehr als Hüter der Verfassung versteht, sondern meint, diese Aufgabe an ein Gericht delegieren zu können, hat die

¹¹ <http://www.recht.de/phpbb/viewtopic.php?t=165845>

¹² § 101 StPO

¹³ Es sind nicht nur Sicherheitsgesetze betroffen. Auch die Pendler-Pauschale wurde abgeschafft, obwohl man klar gesehen hat, dass das verfassungswidrig war. BVerfG, 2 BvL 1/07 vom 9.12.2008, NJW 2009, 48

delegieren zu können, hat die Gewaltenteilung nicht wirklich verstanden, oder ihren Sinn vergessen.

Das wird an der gesetzlichen Regelung der Telefonüberwachung überdeutlich: Bisher waren alle Rechtsanwälte in der Kommunikation mit ihren Mandanten frei von Überwachung, jetzt¹⁴ sollen es nur noch die »Verteidiger« sein. Jeder Terrorist, der die deutsche Sprache versteht (oder fähig ist, sie sich übersetzen zu lassen), dürfte diesen Unterschied schnell lernen und geeignete Vollmachten bei den Anwälten hinterlegen, die ihn demnächst verteidigen sollen. Diejenigen, die keine Terroristen sind oder werden möchten, kämen nie auf die Idee, so etwas zu tun. Die Folge: wenn Sie Ihre Kreditkarte verloren haben, werden nicht nur Sie selbst, sondern auch alle Anwälte, mit denen Sie in anderen Sachen in Kontakt sind, überwacht und abgehört - und zwar monatelang, bis sich geklärt hat, dass Sie mit Ihrer Kreditkarte nicht selbst eingekauft haben. Dieses ganze Material wird Hunderte und Tausende von Leuten beschäftigen, unsere privaten Verhältnisse werden durch die öffentlichen Hände gezogen, ja: die ganze berufliche Arbeit eines Wirtschaftsanwalts kann durch einen einzigen derartigen Fall so verseucht werden, dass andere Mandanten ihn nicht mehr für vertrauenswürdig halten. Je niedriger die Aufgreifschwelle für einzelne Überwachungsmaßnahmen ist, umso höher ist auch die Gefahr, dass ein Unschuldiger weitergehenden Maßnahmen (U-Haft, Hausdurchsuchungen etc.) unterworfen wird. Noch vor wenigen Wochen hätte es ihm so gehen können, wie jenem Steuerberater-Kollegen, der morgens um sieben, als er seine Kinder zur Schule brachte, wegen Betrugsverdacht verhaftet und in der Untersuchungshaft erst einmal nackt ausgezogen und rektal auf Drogen hin

¹⁴ §§ 160a StPO und § 53 StPO

untersucht wurde, weil das unabhängig von der konkreten Gefahr durch die Vollzugs-Ordnung allgemein so angeordnet war. Auch hier musste das Verfassungsgericht die Dinge - wie so oft - zurechtrücken¹⁵.

Eine solche Entwicklung wird den Beitrag, den gerade die Anwälte zur Rechtskultur leisten, nachhaltig beschädigen. Dieser Beitrag besteht in ihrer Pflicht, den Fall ausschließlich aus der Sicht des Mandanten zu betrachten und seiner Sicht der Dinge unter allen Umständen rechtliches Gehör zu verschaffen. Darin steckt natürlich die Gefahr der Einseitigkeit und es ist jeder einzelne Anwalt, der diese Spannungen in sich selbst bewältigen muss. Richter unterliegen anderen Spannungen: Sie müssen ein Urteil fällen, auch wenn sie über den Fall am liebsten nur ein Gutachten oder einen wissenschaftlichen Beitrag geschrieben hätten. Unsere Rechtskultur besteht wesentlich aus dem Zusammenspiel dieser unterschiedlichen Perspektiven.

In den anglo-amerikanischen Rechtskulturen werden die Richter aus den Reihen der Anwälte gewählt und langsam wächst die Erkenntnis, dass Erfahrungen mit der anwaltlichen Perspektive auch für einen Richter ein erheblicher Gewinn wäre, wie Winfried Hassemer¹⁶ kürzlich in einem Interview¹⁷ bemerkte:

»Ich plädiere seit langer Zeit dafür, gute Anwälte ins (Verfassungs-) Gericht zu bringen. Anwälte haben nach meiner Erfahrung einen besonderen Zugang zum Recht. Das ist ein anderer Zugang, als ein Professor ihn

¹⁵ BVerfG 2 BvR 455/08, AnwBl 2009, 303

¹⁶ Richter am Bundesverfassungsgericht von 1996-2008, zuletzt Vizepräsident

¹⁷ Streitgespräch mit *Wolfgang Schäuble*, Frankfurter Allgemeine Zeitung 14. April 2009

hat, ein Richter, ein Staatsanwalt und so weiter. Und dieser Zugang zum Recht ist wichtig.»

Wer sich dieser Ansicht anschließt, darf den absoluten Vertraulichkeitsschutz, ohne den Anwälte nicht arbeiten können, nicht auf zwei unterschiedliche Anwalts-Klassen aufteilen! Wenn das geschähe, könnte kein Mensch (ob verdächtig oder unverdächtig) einen unter allen Umständen absolut vertraulichen Rat von jemandem bekommen, der auch die Interessen des Staates versteht und dem Laien übersetzen kann, dann fehlte uns ein Eckpfeiler des Rechtsstaates, ohne den er nicht funktionieren kann.

Deshalb dürfen wir die physischen und virtuellen Räume, die die Anwälte organisieren und für uns alle bereithalten, nicht verengen, nicht beeinträchtigen. Die Anwälte sind ein wichtiger Teil unseres Rechtsstaats - sie sollten für uns mindestens so wertvoll sein wie unsere Geheimdienste, denen man viel weitergehende Freiheiten einräumt! Selten wird die geheime Rechtfertigung für die Überwachung aller Anwälte in allen Berufslagen öffentlich diskutiert: Sie seien nötig, um zu verhindern, dass wieder ein *Horst Mahler*¹⁸ oder *Klaus Croissant* die Privilegien ihrer Stellung missbrauchen und selbst zu Tätern werden.

Ist diese Furcht gerechtfertigt?: Wie viele Anwälte unter den durchweg 100.000-150.000, die in Deutschland tätig sind, haben in den letzten Jahrzehnten die Seite des Rechtsstaats verlassen? Waren es mehr als 10?

¹⁸ *Horst Mahler* (geb. 1936) wurde 1974 wegen verschiedener Straftaten im RAF-Umfeld vom Landgericht Berlin zu 14 Jahren Haft verurteilt und schloss sich - mit der Folge erneuter Haftstrafen und Berufsverbote - in den letzten Jahren rechtsradikalen Organisationen an;

. *Klaus Croissant* (1931-2002) wurde am 16.2.1979 vom Landgericht Stuttgart ebenfalls wegen Delikten im RAF Umfeld zu 2,5 Jahren Haft verurteilt und war danach als IM für die DDR-Staatssicherheit tätig. Die Biografien dieser beiden Rechtsanwälte spiegeln exemplarisch den Spannungsbogen wieder, in dem ihre Generation gelebt hat.

Vermutlich nicht! Werden wir die nächsten 10 daran hindern können, ihren Weg zu gehen, wenn wir ihnen eine lückenlose Überwachung androhen? Vermutlich nicht!

Selbst wenn der Gesetzgeber aber nur verfassungsgemäße Gesetze erließ, wäre damit noch lange nicht gesagt, dass das System insgesamt die Sicherheit schaffen kann, die von allen beteiligten Politikern immer wieder beschworen wird.

Sicherheitsgesetze sollen den Rechtsstaat schützen wie die Netze den Artisten in der Zirkuskuppel. Dafür brauchen sie Flexibilität und müssen notwendig lückenhaft sein. Statt uns an diesem Bild zu orientieren, gießen wir uns einen Betonboden in dem vollen Bewusstsein, dass es absolute Sicherheit nicht gibt: wir könnten neben jeden einzelnen einen Leibwächter stellen und hätten immer noch das Restrisiko dass gerade er uns eines Tages umbringt - an Motiven wird es ihm nicht fehlen!

Stattdessen erzeugen wir nichts als eine Scheinsicherheit, die in den nächsten gefährlichen Situationen entlarvt werden wird, an der auch der Rechtsstaat sich vielleicht den Hals bricht.

Wenn wir in dem Begriff der Gerechtigkeit nur einen Teilbereich, nämlich die Sicherheit sehen, könnte sich dadurch die bekannte Formel bestätigen:

»Fiat iustitia – pereat mundus«

Dieser Satz hat mich immer beschämt, weil ich mit *Friedrich Carl von Savigny* meine juristische Arbeit immer als die Aufgabe betrachtet habe,

der Wirklichkeit zu folgen und sie nicht nur an der theoretischen Logik des Rechtssystems oder an einem ihrer Teilbereiche zu orientieren. Aber so war der Spruch nie gemeint, wie *Rainer Zaczyk*¹⁹, Strafrechtler aus Bonn kürzlich festgestellt hat.

Er wies darauf hin, dass der Begriff »*mundus*« nicht nur »*die Welt*« bedeutet sondern daneben auch alles, was den äußeren Schein, den Glanz, die Anmaßung der Mächtigen und nicht zuletzt die Pracht der Damenmode ausmacht.

Martin Luther hat das noch richtig verstanden und so auf den Punkt gebracht:

»Nicht ansehen, was der hauffe odder die Welt thut, Sondern was Recht ist und was der hauffe tun solte«²⁰

oder in den Worten *Kants*:

»Es herrsche Gerechtigkeit, die Schelme in der Welt mögen auch insgesamt darüber zu Grunde gehen«²¹.

Ein Schelm aber ist, wer einerseits mit umfassenden gesetzlichen Befugnissen aus uns gläserne Menschen macht und unsere Freiheit zubetoniert und uns gleichzeitig versichert, absolute Sicherheit könne es nicht geben. Wozu dann der Aufwand?

¹⁹ »Fiat iustitia – pereat mundus« - zu Kants Übersetzung der Sentenz « in: Festschrift für Peter Krause zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblodt Berlin 2006 S. 649. Zaczyk hat rekonstruiert, dass der Satz vermutlich von Papst Hadrian VI, dem Erzieher Ferdinands I (Deutscher Kaiser 1556-1564) stammt, in seinem Kern aber auf die Grundidee aller Gerechtigkeitsvorstellungen zurückgeht, dass auch die Mächtigen sich den Regeln des Rechts beugen müssen.

²⁰ cit.n. Zaczyk Fn 7

²¹ *Kant, Zum Ewigen Frieden*, cit. n. Zaczyk aaO S. 649

Wenn wir den Satz richtig deuten, dann sagt er:

Wer als Politiker Gesetze entwirft und durchsetzt, um uns die Sicherheitsrisiken des Lebens abzunehmen, sollte vermeiden, sich selbst in die Tasche zu lügen. Sicherheit dient der Allgemeinheit und jedem einzelnen, unsere Freiheitsbedürfnisse aber nur den jeweils ganz individuellen Zielen (zu denen auch der Wunsch nach Untergang gehören kann) - ein Konflikt zwischen beiden ist also unvermeidbar. Die Politik neigt dazu, diese Unterschiede zu verwischen und es ist Aufgabe der Rechtssysteme, das zu verhindern und die Illusionen zu beseitigen, die mit politischen Absichten notwendig Hand in Hand gehen.

Das Recht regelt Konflikte, es entscheidet, es verteilt, es sorgt für Rechtsfrieden auch dort, wo es nur die Strukturen schafft, an denen jeder einzelne sich orientieren kann. Das Recht bildet die Statik des Gesellschaftssystems und es besteht aus beiden Elementen, der Sicherheit und der Freiheit. Wenn diese Ausgewogenheit wechselnden Situationen beliebig geopfert wird, dann fällt nicht nur der Stuck von den Wänden, dann ist die Statik selbst bedroht.

Was der Gesetzgeber zu tun hat, ist deshalb nicht, die Welt mit allen erdenklichen Rechtsregeln zuzubetonieren, damit nirgendwo eine Lücke mehr bleibt. Er muss vielmehr dafür Sorge tragen, die Macht dort in rechtliche Bahnen zu lenken, wo sie in der Gefahr steht, aus Angst oder Anmaßung nur noch ein einziges Interesse zu sehen und diesem zu dienen. Das wird nicht gelingen, wenn wir in unzähligen Einzelregelungen ersticken, wenn wir die Übersicht über die Grundlinien dessen verlieren, das uns trägt.

Der Gesetzgeber muss wieder lernen, sich auch unter schwierigen Umständen an das verfassungsrechtlich verbrieft Übermaßverbot²² zu halten. Es ist die zentrale Grundregel des Umgangs, den der Staat mit seinen Bürgern einhalten muss, eine Regel, die dazu zwingt, stets Ursache und Wirkung zu bedenken und so jenes empfindliche Gleichgewicht der Kräfte zu schaffen, ohne das ein Recht, das seinen Namen verdient, nicht funktionieren kann.

Benno Heussen

Berlin, 20. Juni 2009

²² *Peter Lerche* hat diesen Begriff geprägt (Übermaß und Verfassungsrecht, Heymanns 1961 (1999)), der seither das Verfassungsrecht zur Frage der Ausgewogenheit staatlichen Verhaltens beherrscht (seit BVerfGE NJW 1963, 1597 - *Ausschluss eines Strafverteidigers*, bis jüngst BVerfG NJW 2009, 1061 - *Kannibale von Rothenburg*).