

Recht in Zeiten des Terrors - timeo libertati

von Peter Kehl, Halle (Saale)

Schon in der griechischen Staatsphilosophie wurde der Gedanke gefasst, dass die Gesetzesherrschaft der Willkür einzelner Personen vorzuziehen ist¹. Dabei ist der Primat des Rechts mit der sittlichen Idee der Gerechtigkeit eng verbunden². Rechtsnormen allein sind aber noch kein Garant für Gerechtigkeit.

I.

In formeller Übereinstimmung mit damaligen Rechtsnormen übernahm Adolf Hitler 1933 als Reichskanzler die Macht in Deutschland und errichtete eine totalitäre und terroristische Diktatur, die Millionen Opfer forderte. Es sind noch keine 20 Jahre vergangen, seit die letzte Diktatur in Deutschland gefallen ist. Schätzungsweise 300.000 Menschen wurden zwischen 1945 und 1989 in der sowjetischen Besatzungszone und in der DDR aus politischen Gründen inhaftiert. Regelmäßig wurden sie durch Schlaf- und Essensentzug, Dauerverhöre und schwere physische Misshandlungen systematisch gequält³. Bis 1949 starben an den Folgen etwa ein Drittel der Menschen und auch Jahrzehnte später leiden überlebende Opfer an erheblichen psychischen Störungen⁴. Die DDR unterhielt mit dem Staatssicherheitsdienst ein ausgefeiltes Überwachungssystem, mit welchem sie professionell das Privatleben ihrer Bürger bespitzeln konnte. Die DDR war kein Rechtsstaat und erhob diesen Anspruch auch nicht für sich selbst. Es galt das Primat der Politik vor dem Recht, denn aus dem Erkenntnismonopol der Partei wurde direkt ein Führungsmonopol in Staat und Gesellschaft abgeleitet⁵, was eine tatsächliche Gewaltenteilung notwendigerweise ausgeschlossen und politisches Strafrecht ermöglicht hat⁶.

Noch leben Opfer politischer Willkür und Überwachung. Im Gespräch mit ihnen, weiß man selbstverständlich erscheinende Freiheiten zu würdigen.

II.

Froh kann deshalb sein, wer in einer Gesellschaft lebt, die Respekt vor individueller Lebensgestaltung hat, deren Staatsgewalt geteilt ist und sich so selbst „in Schach hält“, denn deren Rechtspolitik ist fern jeder Ideologie und hat das Wohl und den Schutz des Individuums im Auge.

Ein solches Gemeinwesen ist, wie gezeigt, alles andere als selbstverständlich und in Deutschland historisch gewachsen. Es geht geistesgeschichtlich auf die Ideen der Aufklärung in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts zurück und versteht den Staat im Denkmodell als eine „Organisation“, die durch einen

1 Vgl. Patt, S. 96.

2 Vgl. Patt, S. 37.

3 Freyberger, S. 14.

4 Freyberger, S. 26.

5 Eckhardt, MittBayNot 1990, 333 (334).

6 Vgl. Lilie, NSTz 1990, 153 (154).

Vertrag zwischen den Menschen zustande kommt und den ausschließlichen Zweck hat, das Zusammenleben im Interesse aller zu regeln. Dies sei nötig, weil menschliches Miteinanders sonst ein ständiger Zustand des Konflikts wäre, bei dem jeder Mensch für den anderen Menschen eine Gefahr (einen Wolf, den homo homini lupus⁷) darstelle. Hinter diesem Staatsmodell steht damit auch die immanente Anerkennung des Einzelnen als gleiches und freies Wesen im Zentrum aller Überlegungen. Jedem Menschen wird grundsätzlich zugetraut, in freier Selbstbestimmung zu existieren und nicht nur ein Objekt der Entscheidungen Dritter zu sein.

Ob es dabei tatsächlich der Wolf ist, welcher der Natur des Menschen entspricht, mag dahin gestellt sein, auf jeden Fall aber wird man sagen können, dass der Mensch sein Umfeld so gestalten will, dass er in Frieden und Wohlstand leben kann; dass er Sicherheit, Reichtum und Geborgenheit erstrebt und dass dies in der Gemeinschaft besser funktioniert, als alleine.

Dabei erkennt der vernunftbegabte Mensch, dass die Organisation mit den notwendigen Rechten ausgestattet werden muss, um effektiv ihren Zweck erfüllen zu können: die Staatsgewalt, ein Gewaltmonopol; denn – soweit kann man Thomas Hobbes zustimmen – „Verträge ohne das bloße Schwert sind bloße Worte und besitzen nicht die Kraft, einem Menschen auch nur die geringste Sicherheit zu bieten“⁸.

Aus dieser Vereinbarung folgt aber auch unmittelbar, dass der Staat seine Rechte nur soweit ausüben darf, wie dies unbedingt zur Erreichung seines Zwecks, nämlich der friedlichen und freiheitlichen Koexistenz aller Menschen, unbedingt erforderlich ist, denn der Mensch wird sich der Organisation nur soweit wie unbedingt nötig unterwerfen wollen. Die Organisation hat also nur begrenzte Macht, deren Grenzen sich an ihrem Zweck abbilden. Dies ist der entscheidende Unterschied eben dieser Organisation zur Diktatur, und das Abstellen auf eine Vereinbarung ist zugleich der weitere grundsätzliche Unterschied zur Monarchie.

Der Staat ist damit kein „absoluter unbewegter Selbstzweck“⁹, sondern nur Mittel zum Zweck im Interesse des einzelnen Menschen. Somit kann man die Staatsgewalt durchaus als Dienstleistung am Bürger bezeichnen¹⁰. Ein solches Verständnis von Staat sieht diesen also nicht unkritisch als Selbstverständlichkeit an, sondern fordert eine Rechtfertigung für seine Existenz und seine Befugnisse ein. Der Staat muss sich danach für seine Existenz und insbesondere für sein Handeln rechtfertigen. Die „Beweislast“ für die Zulässigkeit (insbesondere Erforderlichkeit) seines Handelns liegt somit ausschließlich beim Staat selbst.

7 Hobbes, De cive, Kap. 1, (10ff.).

8 Hobbes, Leviathan, 1992, Kap. 17, S. 131.

9 noch anders: Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, S. 208.

10 Pestalozza, NJW 1981, 2081 (2081).

Ein solches Staatsverständnis zeichnet sich auch an der grundsätzlichen Kodifizierung in den Grundrechten des Grundgesetzes und die Rechtsprechung des BVerfG ab. Seit dem „Lüth-Urteil“ entnimmt das BVerfG dem Grundgesetz eine Wertentscheidung für den Schutz von Freiheit und Menschenwürde als oberstem Zweck allen Rechts¹¹. Folgerichtig entstehen daraus Einschränkungen für den Gesetzgeber. Denn das demokratische Prinzip des Grundgesetzes besteht nicht (nur) um seiner selbst willen. Es handelt sich vielmehr um ein „Organisationsprinzip, dessen Geltung sich letzten Endes auf die Pflicht des Staates zurückführen lässt, die unantastbare Würde des Menschen zu achten und zu schützen“¹².

Eingriffe in Grundrechte müssen deshalb erforderlich, geeignet und verhältnismäßig sein¹³. Überflüssige Gesetze stellen einen Missbrauch der Rechtsetzungskompetenz dar¹⁴ und jede Norm ist auf ihre Erforderlichkeit zu prüfen. Daraus ergibt sich auch, dass Eingriffe in die Freiheit sich nicht nur auf bloße Vermutungen stützen dürfen, sondern eine gründliche Diagnose¹⁵ und sorgfältige Begründung des zu regelnden Sachverhalts voraussetzen.

III.

Das freiheitliche Gesellschaftsmodell ist heute grundsätzlich anerkannt, sieht sich in seinen Details aber seit jeher stetigen Begehren ausgesetzt. So versuchen radikale Kräfte im Staat etwas „Höheres“ zu sehen, als das oben beschriebene bloße Mittel zum Zweck. Gemein ist diesen Bestrebungen jedenfalls, das Individuum - im obigen Sinne sozusagen den Vertragspartner - regelmäßig der Gemeinschaft zugunsten der Ideologie unterzuordnen. Der Glaube an Volksgemeinschaft und Nation oder an die historische Mission der Arbeiterklasse und die Diktatur des Proletariats oder an die Vorschriften des Koran und den islamischen Gottesstaat treten an die Stelle politischer Programmatiken, denen es um die Diskussion und Durchsetzung von rationalen Zielen geht¹⁶.

Aber auch jenseits radikaler Ideen werden freiheitliche Grundsätze schleichend in Frage gestellt: In den letzten Jahren hat sich der deutsche Staat erhebliche Befugnisse verschafft. Aus dem gut gemeinten Gedanken heraus, dass der Staat für die Sicherheit des Einzelnen zu sorgen hat, wurden und werden seine Befugnisse deutlich erweitert und dadurch Freiheiten des Einzelnen gleichsam eingeschränkt. Insbesondere verdachtsunabhängige Eingriffsbefugnisse und die Datenspeicherungsbefugnisse der Behörden weiten sich aus und die Zahl erfasster Fingerabdrücke¹⁷, gespeicherter

DNA-Profile¹⁸ und die der Telefonüberwachungen¹⁹ hat sich drastisch erhöht.

Diese Tendenz wird vor allem auch mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit einer möglichst frühzeitigen und damit angeblich besonders wirkungsvollen Bekämpfung des Terrorismus begründet²⁰.

Es wird „Waffengleichheit“ von Staat und Straftätern gefordert²¹, denn der Staat dürfe sich nicht selbst „blind und dumm“ stellen, auch dürften Daten- und Grundrechtsschutz kein „Täterschutz“ sein²². Dabei erinnert die Argumentation an Zeiten der Gewalttaten durch die RAF. Die Angst vor dem Terrorismus scheint so groß zu sein, dass man weitgehende Eingriffe in persönliche Freiheiten nur noch auf der bloßen Behauptungsebene begründen muss²³. Eine tatsächlich begründete Gefährdung wird offenbar als nicht notwendig erachtet und es scheint schon die Gefahr einer Gefahr ausreichende Begründung zu sein. Ob diese „Antiterrorismusgesetzgebung“ aber Anschläge, wie die vom 11. Septembers in den USA, hätte verhindern können oder nicht, bleibt zweifelhaft²⁴, zumindest aber unbeantwortet.

Zu Beginn der 70er Jahre führte der Terrorismus der „Roten Armee Fraktion“ zu der ersten Welle einer Verschärfung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen²⁵. Ab der zweiten Hälfte der 80er Jahre war es dann die Organisierte Kriminalität, die als Szenario eine Legitimation für weitere Grundrechtseinschränkungen durch Strafprozess- und Polizeirecht begründete²⁶.

Dem „Anti-Terrorismusgesetz“ (1976) folgte das „Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus“ (1986), das „Gesetz zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität“ (1992), das „Verbrechensbekämpfungsgesetz“ (1994), das „Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität“ (1998), die „Terrorismusbekämpfungsgesetze“ (2002 und 2003) und das „Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz“ (2006). Weiterhin wurden die Polizei- und Verfassungsschutzgesetze des Bundes und der Länder verschärft, das Telekommunikationsgesetz (1996), das Zuwanderungsgesetz (2004), das Luftsicherheitsgesetz (2005) entsprechend geändert und das „Gesetz über heimliche Ermittlungen“ verabschiedet²⁷.

Aktuelle Beispiele sind die Einschränkungen des Fernmeldegeheimnisses in den §§ 113a und 113b des Telekommunikationsgesetzes (sog. Vorratsdatenspeicherung), die Einführung präventiver Eingriffsbefugnisse des

11 Vgl. BVerfG, NJW 1958, 257; NJW 1972, 811; NJW 1986, 2241.

12 Huster/Rux, in BeckOK GG Art. 20, Rn. 49.

13 Scholz, NJW 1983, 705 (709).

14 Vgl. BVerfG NJW 1958, 1035; BVerfG NJW 1971, 1255; BVerfG NJW 1975, 1265.

15 Pestalozza, NJW 1981, 2081 (2083).

16 Jaschke, Politischer Extremismus.

17 Vgl. Lill, Spiegel online vom 05.03.07 (<http://www.spiegel.de/netzwelt/tech/0,1518,465388,00.html>).

18 Allein die DNA-Analyse-Datei des BKA umfasst in 3/2008 732.537 Datensätze (<http://www.bka.de/profil/faq/dna02.html>).

19 Vgl. Statistik Bundesnetzagentur v. 07.05.08 (<http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/13563.pdf>).

20 Hetzer, ZRP 2005, 132 (132).

21 Breyer, ZRP 2008, 65 (66).

22 Vgl. Simitis, NJW 1997, 1902 (1902).

23 Hetzer, ZRP 2005, 132 (132).

24 Düx, ZRP 2003, 189 (189).

25 Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 399.

26 Kühne, S. 9.

27 Hirsch, ZRP 2008, 24 (25).

Bundeskriminalamtes²⁸, der Onlinedurchsuchung²⁹ (bei welcher schon die Erforderlichkeit mit guten Gründen in Frage gestellt werden kann³⁰), der TK-Quellenüberwachung³¹, sowie die erhebliche Relativierung des Schutzes bestimmter Vertrauenspersonen³² durch die geplante Änderung des BKA-Gesetzes³³.

Hier reiht sich auch die geplante Änderung des StGB zur Poenalisation von Vorbereitungshandlungen nach dem Entwurf eines „Gesetzes zur Verfolgung schwerer Gewalttaten“³⁴ ein. Die neuen §§ 89a und 91 StGB sollen dafür Sorge tragen, dass auch die Fälle strafrechtlich erfasst werden, in denen eine Verwirklichung des § 129a StGB sich nicht nachweisen lässt oder kein konkreter Tatbezug zu einem konkreten terroristischen Anschlag besteht³⁵. Kritikwürdig daran ist vor allem eine unscharfe Vermischung präventiver und repressiver staatlicher Eingriffe und eine Vorverlagerung der Strafbarkeit auf normalerweise sozial neutrale Handlungen wegen bloßer Nachweisschwierigkeiten³⁶.

IV.

Mit all diesen Maßnahmen „sägt“ der Gesetzgeber „am Ast“ des Rechtsstaates, der als Garant für den grundsätzlichen gesellschaftlichen Konsens immer dünner wird. Es darf redlicherweise kein Beseitigungsvorsatz unterstellt werden. Die Geschichte hat aber gelehrt, dass es immer die tatsächliche (oder vorgeschobene) Sorge des Staates um die Sicherheit seiner Bürger war, die dazu führte, ein perfektes Kontrollsystem aufzubauen, das keinen staatsfreien Raum mehr offen ließ und letztlich in Totalitarismus und Faschismus endete³⁷. Blickt man über die nationalen Grenzen³⁸ hinaus, so kann beobachtet werden, wie leicht praktisch alle Errungenschaften des modernen Grundrechtsschutzes aufgegeben werden, wenn Hysterie und Panik groß genug geworden sind³⁹.

Problematisch ist diese Entwicklung aber auch deshalb, weil suggeriert wird, dass die Reduzierung von Freiheiten eine Verbesserung der Sicherheit vor dem Terrorismus mit sich bringen würde. Das kann nicht gelingen, wenn gleichzeitig versäumt wird, gegen die Ursachen des Terrorismus vorzugehen, indem man ethnische, kulturelle oder religiöse Benachteiligung und politische, ökonomische oder soziale Aussichtslosigkeit in der Welt als Ursache nicht zur Kenntnis nimmt.

28 Baum-Schantz, ZRP 2008, 137 (137).

29 Vgl. § 20k BKAG-E.

30 Hoffmann-Riem, im SZ-Interview vom 12./13.04.08.

31 Vgl. § 20I II BKAG-E.

32 Baum-Schantz, ZRP 2008, 137 (139).

33 Entwurf eines Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt, BT-Drs. 16/9588 vom 17.06.2008.

34 Vgl. Pressemitteilung des BMJ vom 21. April 2008.

35 Deckers-Heusel, ZRP 2008, 169 (169).

36 Deckers-Heusel, ZRP 2008, 169 (170).

37 Kühne, S. 4.

38 Z.B. der amerikanische „Patriots' Act“ (2001), aber auch der englische „Terrorism Act“ (2000) (http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2000/ukpga_20000011_en_1).

39 Kühne, S. 9.

In Deutschland zeigt sich wie oben dargelegt eine Tendenz, deren Auswirkungen unklar sind. Statt Rechtsgutverletzungen erst dann zu bekämpfen, wenn sie tatsächlich aufgetreten sind, sollen nunmehr Situationen verhindert werden, aus denen sie entstehen könnten⁴⁰, mit der Folge, dass die Verbrechensbekämpfung schon dann beginnt, wenn von einem Verbrechen weit und breit noch gar nichts zu sehen ist⁴¹.

Der Erforderlichkeit, staatliche Eingriffe hinsichtlich ihrer Notwendigkeit und Geeignetheit genau zu untersuchen und einer strengen Rechtfertigungsprüfung zu unterziehen, wird jedenfalls nicht Rechnung getragen. Der Gesetzgeber ist eine sorgfältige Begründung schuldig geblieben, weshalb immer stärkere Freiheitsbeschränkungen notwendig sein sollen. Der pauschale Hinweis auf eine ungreifbare permanente terroristische Gefahr und steigende, sowie brutaler werdende Kriminalität ist sachlich nicht nachzuvollziehen⁴². Das Gegenteil ist der Fall: Noch nie lebten wir sicherer vor Kriminalität und wurden älter, als es heute der Fall ist⁴³.

Diese Entwicklung kann nur durch eine fehlende Hochachtung vor rechtsstaatlichen Grundsätzen erklärt werden, die sich auch in einer – insbesondere in Wahlkampfzeiten politisch gerne aufgegriffenen⁴⁴ - unüberlegten öffentlichen Meinung beobachten lässt. Dem muss entgegengewirkt werden, will man die schleichende Relativierung der Freiheitsrechte aufhalten.

Entgegen häufig anzutreffender Ansicht, ist es nämlich keineswegs als „Fehler im System“ zu werten, wenn dem Staat bestimmte Befugnisse nicht zustehen. Dies gilt auch dann, wenn diese im Einzelfall Leben retten könnten. Der Staat ist weder blind, weil er nicht alles sehen will, noch ist er dumm, weil er nicht alles wissen will⁴⁵. Es ist eine Stärke der freiheitlichen Gesellschaft, dass sie es gelassen ertragen kann, wenn Grundrechte allen Menschen – auch Straftätern – zustehen.

Es muss in der Zukunft darum gehen, diese Vorzüge des Rechtsstaates hervorzuheben. Ein erster Ansatz kann es sein, der Verklärung diktatorischer Vergangenheit mit historisch sachlichen Argumenten entgegenzuwirken.

40 Volkmann, JZ 2004, 696 (700).

41 Hetzer, ZRP 2005, 132 (134).

42 Neubacher, ZRP 2008, 192ff.

43 Breyer, ZRP 2008, 65 (66).

44 z.B. BMI Wolfgang Schäuble, zitiert bei Breyer, ZRP 2008, 65 (65).

45 Breyer, ZRP 2008, 65 (66).

Literatur

- Baum, Gerhart; Schantz, Peter; Die Novelle des BKA-Gesetzes- Eine rechtspolitische und verfassungsrechtliche Kritik; in: ZRP 2008, S. 137-140.
- Breyer, Patrick; Aktuelle Sicherheitspolitik auf dem rechtsstaatlichen Prüfstand; in: ZRP 2008, S. 65-66.
- Deckers, Rüdiger; Heusel, Johanna; Strafbarkeit terroristischer Vorbereitungshandlungen - rechtsstaatlich nicht tragbar; in: ZRP 2008, S. 169-173.
- Düx, Heinz; Globale Sicherheitsgesetze und weltweite Erosion von Grundrechten - Statt „Feindstrafrecht“ globaler Ausbau demokratischer Rechte; in: ZRP 2003, S. 189-195.
- Eckhardt, Wolfram; Zivilrecht im Systemvergleich DDR und Bundesrepublik; in: MittBayNot 1990, S. 333-340.
- Freyberger, Harald; Frommer, Jörg; Maercker, Andreas; Steil, Regina; Gutachten zur Frage gesundheitlicher Folgen politischer Repression in der SBZ/DDR; Dresden 2003.
- Hetzer, Wolfgang; Terrorabwehr im Rechtsstaat; in: ZRP 2005, S. 132-135.
- Hirsch, Burkhard; Aktuelle Sicherheitspolitik im Lichte des Verfassungsrechts; in: ZRP 2008, S. 24-24
- Jaschke, Hans-Gerd; Politischer Extremismus, Wiesbaden 2006.
- Kühne, Hans-Heiner; Bürgerfreiheit und Verbrecherfreiheit - Der Staat zwischen Leviathan und Nachtwächter; in: Rechtspolitisches Forum, Band 21, 2004, S. 9.
- Kühne, Hans-Heiner; Strafprozessrecht; 6. Auflage, Heidelberg 2003.
- Lilie, Hans; Deutsches Strafrecht? - Über die Unvereinbarkeit der Strafnormen in der Bundesrepublik Deutschland und in der DDR, NStZ 1990, S. 153-159.
- Neubacher, Frank; Jugendgewalt: weder häufiger noch brutaler! - Zur Deutung des kriminalstatistischen Anstiegs der Gewalt- und Betrugsdelikte; in: ZRP 2008, S. 192-194.
- Patt, Walter; Grundzüge der Staatsphilosophie im klassischen Griechentum; Würzburg 2002.
- Pestalozza, Christian; Gesetzgebung im Rechtsstaat; in: NJW 1981, S. 2081-2087.
- Scholz, Rupert; Rechtsfrieden im Rechtsstaat - Verfassungsrechtliche Grundlagen, aktuelle Gefahren und rechtspolitische Folgerungen; in: NJW 1983, S. 705-712.
- Simitis, Spiros; Daten- oder Tatenschutz - ein Streit ohne Ende?; in: NJW 1997, S. 1902-1903.
- Volkman, Uwe; Sicherheit und Risiko als Probleme des Rechtsstaats; in: JZ 2004, S. 696-703.