

## Rechtspersonen

### Für die Menschenrechte

Er war einer der großen Völkerrechtler: Antonio Cassese. Zuletzt war der italienische Gelehrte Präsident des Libanon-Tribunals. Von 1993 bis 1997 stand er als dessen erster Präsident dem UN-Kriegsverbrechertribunal für das ehemalige Jugoslawien vor. Die Menschenrechte und das Selbstbestimmungsrecht der Völker lagen dem Hochschullehrer, der vor allem in Florenz und auch in Oxford lehrte, besonders am Herzen. Antonio Cassese war einer der Pioniere des Völkerstrafrechts.

Seit 1975 lehrte der Vater von zwei Kindern Völkerrecht an der Universität Florenz. Schon davor gehörte er der UN-Menschenrechtskommission sowie der italienischen Delegation in der UN-Vollversammlung an. Cassese war an der Ausarbeitung der ersten beiden Zusatzprotokolle zu den Genfer Konventionen beteiligt und leitete im Euro-parat das Komitee für Menschenrechte sowie das gegen Folter.

Von 1993 bis 2000 war er Richter am Jugoslawien-Tribunal, das er als „Wendepunkt“ in den internationalen Beziehungen ansah. Von Oktober 2004 bis Januar 2005 leitete er die Untersuchungskommission der Vereinten Nationen zum Darfur-Konflikt. Deren Ergebnisse führten dazu, dass der UN-Sicherheitsrat den Fall an den Internationalen Strafgerichtshof verwies. Von März 2009 bis Anfang Oktober 2011, als er wegen Krankheit sein Amt niederlegte, saß Cassese dem Sondertribunal für den Libanon vor. Es war zur Aufklärung des Attentats im Jahr 2005 auf den früheren libanesischen Ministerpräsidenten Hariri geschaffen worden.

Auf Kritik stieß eine unter seinem Vorsitz und maßgeblich von ihm gefasste Entscheidung zum Terrorismus.

Cassese machte ihn zu einem internationalen Verbrecher – obwohl sich sowohl die Verteidigung als auch die Anklagebehörde dagegen wehrten. Cassese freilich hatte schon früher versucht den Nachweis zu führen, Terrorismus sei ein gewohnheitsrechtlich begründeter Straftatbestand. „Wenn die Entscheidung Bestand hat, wird sie weitreichende Folgen haben“, warnte der Kölner Völkerstrafrechtler Claus Kreß im Gespräch mit dieser Zeitung. Er hält es für „hochproblematisch“, Terrorismus zu einem neuen internationalen Rechtsatz zu verdichten. Tatsächlich stützt sich Cassese auf Resolutionen des UN-Sicherheitsrats, die Terrorismus als Bedrohung des internationalen Friedens bezeichnen. Das heißt aber noch nicht, dass jemand für diese Tat individuell nach Völkerstrafrecht zur Verantwortung gezogen werden darf. Der Frankfurter Strafverteidiger Stefan Kirsch, der auch vor den Haager Tribunalen auftritt, schreibt (gemeinsam mit Anna Oehmichen) in der „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik“, die in der „Entscheidung der Beschwerdekammer enthaltenen methodischen Defizite lassen insgesamt Zweifel an der Legitimität und Praktikabilität einer solchen Straf Begründung aufkommen, die – sofern sie nicht auszuräumen sind – zur Aufgabe einer Strafbegründung durch Völkergewohnheitsrecht führen sollten.“

Insgesamt gibt es nämlich im Völkerstrafrecht einen Trend zur Kodifikation. Kirsch hofft, dass die „Mängel“ der Entscheidung des Libanon-Tribunals unter Cassese Mut machen, diesen weg weiter zu beschreiten. Das hat der italienische Völkerrechtler erreicht: seine Entscheidung dürfte künftig auch herangezogen werden, um Völkergewohnheitsrecht zu begründen.

REINHARD MÜLLER



Illustration Greser & Lenz

## Gut getarnt

Der entschlüsselte Trojaner fordert Gesetzgeber und Gesellschaft heraus. Wenn die Exekutive ihre Kompetenz bündelt, dann muss das auch die Justiz tun.

Von Ulrich Sieber

Die Diskussion über den „bayerischen Staatstrojaner“ zum Abhören verschlüsselter Telekommunikation erschien in der Öffentlichkeit wie das klassische Menetekel an der Wand: So unvermittelt und heftig sie entbrannt war, so rasch verschwand sie bald auch wieder. Es ist daher an der Zeit, nach der Botschaft dieses Menetekels zu fragen.

Der Kern des Problems liegt in der Abgrenzung der „kleinen“ Quellentelekomunikationsüberwachung (kurz Quellen-TKÜ) von der „großen“ Online-Durchsuchung: Beide Ermittlungsmaßnahmen spähnen fremde Computersysteme heimlich mit einer „Trojanersoftware“ aus. Die Online-Durchsuchung zielt dabei auf alle gespeicherten Daten des infiltrierten Computersystems und ist deshalb extrem eingriffintensiv. Die Quellen-TKÜ soll sich dagegen auf übermittelte Kommunikationsdaten beschränken, etwa E-Mails und Internettelefonie.

Wegen dieser Beschränkung auf laufende Telekommunikation beurteilt die Praxis die Quellen-TKÜ als bloße Telekommunikationsüberwachung, die in der Strafprozessordnung und im Polizeirecht auch vergleichsweise großzügig erlaubt ist. Die „große“ Online-Durchsuchung ist wegen ihrer hohen Eingriffintensität dagegen in der Strafprozessordnung bisher überhaupt nicht vorgesehen und zur polizeilichen Gefahrenabwehr nach dem BKA-Gesetz und wenigen Landespolizeigesetzen nur unter viel strengeren Voraussetzungen erlaubt als die Quellen-TKÜ.

Der skandalisierte „bayerische Staatstrojaner“ wurde für die Quellen-TKÜ entwickelt und durfte mit richterlicher Genehmigung auch nur für diese genutzt werden. Die Vorwürfe gegen seinen Einsatz kulminierten nach einer Untersuchung des Trojaners darin, dass er heimlich und vorsätzlich auch mit Funktionen ausgestattet worden sei, die eine „große“ Online-Durchsuchung ermöglichen sollten.

Dieser Vorwurf lässt sich jedoch nicht, wie teilweise behauptet, auf die aufgedeckte „Nachladefunktion“ des Trojaners stützen, die nach der Erstinfektion das Einspielen neuer Programme in das infiltrierte System erlaubt. Denn eine solche Nach-

ladefunktion kann als Begleithandlung zur Aufrechterhaltung einer Quellen-TKÜ auch sinnvoll sein, wenn auf Veränderungen in dem angegriffenen Computersystem reagiert werden muss. Die Nachladefunktion könnte jedoch gegen die Anforderungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Online-Durchsuchung verstoßen. Danach ist eine Quellen-TKÜ nur zulässig, wenn die Beschränkung der Überwachung auf einen „laufenden Telekommunikationsvorgang“ „durch technische Vorkehrungen und rechtliche Vorgaben sichergestellt“ ist. Dies ist im Fall des bayerischen Staatstrojaners nur schwer feststellbar, da das betreffende Programm lediglich in der begrenzt prüfbareren Maschinensprache vorlag.

Auch definiert das Bundesverfassungsgericht das geforderte Schutzniveau nicht genau. Vor allem aber steht nicht fest, wie weit ein computerbasierter Spähangriff mit technischen Maßnahmen sicher auf Kommunikationsdaten eingrenzenbar ist. Eine solche Eingrenzung ist möglich, wenn Daten unverschlüsselt an Software-schnittstellen abgegriffen werden, die nur Kommunikationsdaten verarbeiten. Müssen Daten jedoch aus anderen Quellen – wie Tastatureingabe oder Bildschirmanzeigen – erlangt werden, die auch andere Daten enthalten, so ist die Situation eine andere: Mit technisch vorprogrammierten Maßnahmen der Trojanersoftware allein ist dann nur schwer zu beurteilen, ob die erfassten Daten aus der Telekommunikation stammen oder – etwa beim Cloud

Computing – aus der Interaktion zwischen zwei Datenbeständen des Verdächtigen auf unterschiedlichen Computern.

Zusätzliche Beurteilungsprobleme ergeben sich bei den ebenfalls aufgedeckten Software-Routinen, die bei Browser-, E-Mail- und Chatprogrammen Bildschirm-inhalte und Tastatureingabe protokollieren. Denn die hier erfassten Daten betreffen zunächst nur die Vorbereitung einer Kommunikation, sind jedoch nicht Teil des laufenden Telekommunikationsvorgangs. Die Telekommunikation beginnt nach herrschender Meinung vielmehr erst mit dem endgültigen Absenden einer Mail. Nach dem Absenden ist diese aber schon verschlüsselt und nicht mehr auf dem Bildschirm sichtbar. Ein Zugriff auf Tastatur oder Bildschirm lässt sich daher nur rechtfertigen, wenn die Überwachung entgegen der herrschenden Rechtsauffassung auch auf potentielle Vorstufen der Kommunikation ausgedehnt würde. Das ist allerdings verfassungsrechtlich kaum möglich und würde die beiden genannten Abgrenzungsprobleme noch schwieriger machen sowie die „kleine“ Quellen-TKÜ noch näher an ihren großen Bruder Online-Durchsuchung heranführen.

Das Menetekel des Staatstrojaners enthält damit in der Tat eine Botschaft: Sie stellt das bisher anerkannte zweisprachige Rechtssystem der heimlichen Computerüberwachung in kategorialer Weise in Frage. Darüber hinaus liefert sie gute Gründe für die Verfassungswidrigkeit der Quellen-TKÜ auf der Grundlage des geltenden Rechts und für dessen Reform.

Damit ist vor allem der Gesetzgeber gefordert. Denn die Quellen-TKÜ kann nicht mehr mit der allgemeinen Telekommunikationsüberwachungsvorschrift gerechtfertigt werden, die historisch für eine präzise Leitungsüberwachung ohne schwerwiegende Begleiteingriffe entwickelt wurde. Bei der Quellen-TKÜ ist der „Begleiteingriff“ des Eindringens in fremde Computersysteme dagegen mindestens so gewichtig und für Grundrechtspositionen noch risikoreicher als die Erlangung der Kommunikationsdaten. Hierfür fehlen jedoch Schutzvorschriften. Eine gesetzliche Neuregelung ist auch schon deswegen erforderlich, weil die Anwendung

der allgemeinen TKÜ-Regelungen nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht, nach denen die Beschränkung auf Telekommunikationsvorgänge durch „technische Vorkehrungen und rechtliche Vorgaben“ sicherzustellen ist.

Für die Quellen-TKÜ sind daher zunächst die gleichen technischen Schutzmaßnahmen wie für die Online-Durchsuchung zu fordern. Das gilt – auch mit Blick auf die Beweisqualität der erlangten Daten – vor allem für die Protokollierungspflichten. Zu prüfen sind auch technische Schutzmaßnahmen für das infiltrierte Computersystem; der bayerische Trojaner zeigte hier gravierende Mängel mit inakzeptablen Folgen für den Eigentümer des betroffenen Computersystems und für die Verwertbarkeit der Daten im Gerichtsverfahren. Der Gesetzgeber muss weiter entscheiden, für welche Delikte die Telekommunikationsüberwachung erlaubt sein soll. Eine spezielle Subsidiaritätsklausel sollte die Quelldatenerfassung für Fälle ausschließen, in denen Kommunikationsdaten in weniger eingriffintensiver Weise auch über bestehende Schnittstellen der Telekommunikationsanbieter erlangbar sind. Es muss geklärt werden, inwieweit ferngesteuerte Informationstechnik in einem infiltrierte Rechner-System Kommunikationsdaten und andere Daten untersuchen kann. Erst auf dieser Grundlage kann der Gesetzgeber entscheiden, ob er den hilfsweisen Zugriff auf Nichtkommunikationsdaten ganz ausschließen oder in der Form einer „mittelschweren“ Online-Überwachung in begrenztem Umfang für mutmaßliche „Vorstufen der Kommunikation“ zulassen will. Das führt zwangsläufig auch zu der Frage, ob über die Quellen-TKÜ hinaus in engstem Rahmen auch eine große Online-Durchsuchung als strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme erforderlich ist.

Fundamental herausgefordert ist auch die Justiz als Kontrollsystem. Dies gilt für den gesamten Bereich der heimlichen Überwachungsmaßnahmen. Die Einzelfallkontrolle von Überwachungsmaßnahmen durch technisch wenig spezialisierte Richter wird dem Schutzauftrag der Justiz in einer komplexen informatikbasierten Welt allein nicht mehr gerecht. Wenn die

Exekutive ihre Überwachungskompetenz in einem Abhörzentrum bündelt, dann muss es auch ein solches Kompetenzzentrum bei der Justiz geben. Die bisherige Einzelprüfung der Überwachungsmaßnahmen ist deswegen durch Systemprüfungen zu ergänzen. Die Erweiterung des Ermittlungsarsenals in der globalen Informations- und Risikogesellschaft ist nur insoweit möglich, als auch das unabhängige justizielle Kontrollsystem entsprechend ausgebaut wird.

Die Botschaft des aufgedeckten Trojaners richtet sich aber vor allem auch an die Gesellschaft, Wirtschaft und Verwaltung. Sie betrifft die Verletzlichkeit der modernen Informationsgesellschaft. Deren Bedrohung liegt heute nicht so sehr im Trojanereinsatz von Ermittlungsbehörden, der durch seine verfassungsrechtlichen Anforderungen technisch hoch komplex geworden ist und justiziell kontrolliert werden kann. Weit größere Gefahren resultieren aus den Hackingangriffen privater Täter, organisierter Straftätergruppen und ausländischer Nachrichtendienste, gegen die Sicherheitsbehörden effektiven Schutz bieten sollen. Die ständigen Berichte über erfolgreiches Hacking und weit streuende Spionage- und Sabotagevorfälle belegen, dass viele – auch vermeintlich gut gesicherte – Computer im Internet angreifbar sind.

Informationstechnische Systeme sind daher nicht nur besser zu sichern. Wir sollten – auch wenn dies zu Effektivitäts- und Komfortverlusten führt – gleichzeitig zurückhaltender damit sein, Computern sensible Daten anzuvertrauen, vor allem wenn diese an das Internet angeschlossen sind. Denn Hard- und Software der gegenwärtigen Computersysteme auch von großen Wirtschaftsunternehmen und Sicherheitsbehörden sind noch viel schwieriger zu überprüfen als der kurze Maschinencode des bayerischen Trojanerprogramms. Die zentrale Botschaft des Menetekels über die Angreifbarkeit von Computern zielt daher nicht nur auf die Ermittlungsbehörden und richtet sich auch nicht nur an den Staat: Sie betrifft uns alle.

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ulrich Sieber ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg.

## Hier irrte der Papst – Kelsen blieb bei seiner Lehre

Zwischen Sein und Sollen: Nur einen modernen Autor erwähnte Benedikt XVI. im Bundestag: Den „Juristen des Jahrhunderts“ / Von Horst Dreier

Ohne Zweifel stellte es für viele eine gewisse Überraschung dar, dass der Papst seine Rede im Bundestag am 22. September 2011 ganz der Grundfrage der Rechtsphilosophie schlechthin widmete: der Frage nach der Gerechtigkeit. Als überaus bemerkenswert durfte gerade aus juristischer Sicht gelten, dass Benedikt XVI. nur einen einzigen modernen Autor namentlich erwähnte – und ausgerechnet einen, dem man schon vor Jahrzehnten aus ganz anderer Warte vorgeworfen hatte, eine „Euthanasie der Rechtsphilosophie“ zu betreiben. Es handelte sich um Hans Kelsen, Haupt der Wiener Rechtstheoretischen Schule, von vielen als der „Jurist des (20.) Jahrhunderts“ apostrophiert: 1881 als Sohn jüdischer Eltern geboren, erst in Wien, seit 1930 in Köln lehrend, 1933 vertrieben, 1940 nach Amerika übersiedelt, dort hochbetagt und vielgeehrt 1973 verstorben.

Kelsen wurde in der Papstrede aber nicht nur als einzige Person der Neuzeit genannt, sondern sogar gleich zwei Mal. Zuerst fällt sein Name im Zusammenhang mit dem, was der Papst das „positivistische Verständnis von Natur und Vernunft“

nennt. Er zitiert hier Kelsens Definition von Natur als ein „Aggregat von als Ursache und Wirkung miteinander verbundenen Seinstatsachen“. Offenbar wird hier Kelsen als besonders repräsentativer Vertreter eines strikten Dualismus von Sein und Sollen betrachtet.

Das Staunen über diese prominente Herausstellung des Wiener Rechtspositivisten wich allerdings irritiertem Befremden, als Benedikt bei dessen zweiter Erwähnung verkündete, Kelsen habe im hohen Alter von 84 Jahren seine Auffassung geändert. Nun hat Kelsen in der Tat noch nach Erscheinen der zweiten Auflage seiner „Reinen Rechtslehre“ im Jahre 1960 Revisionen seiner rechtstheoretischen Positionen vorgenommen. Die Irritation rührt daher, dass dem Papst zufolge Kelsen seinerzeit „den Dualismus von Sein und Sollen aufgegeben“ habe, also sozusagen das Herzstück und die Basis der Gesamtkonstruktion. Denn davon kann nun überhaupt keine Rede sein. Kelsen hat diesen Dualismus mit zwar unterschiedlich akzentuierten Begründungen, aber stets mit denkbar großem Nachdruck vertreten, bis zu den allerletzten Publikationen 1968. Auch in seinem Beitrag von 1963, in

dem sich das Zitat mit dem „Aggregat“ ebenso findet wie in dem von 1965, hält er wie seit eh und je fest: „Daraus, dass etwas ist, kann nicht folgen, dass etwas soll, daraus, dass etwas soll, kann nicht folgen, dass etwas ist.“ Dieser Gegensatz ist uns Kelsen zufolge „durch unser rationales, den Prinzipien der Logik entsprechendes Denken als ein unaufhebbarer Dualismus gegeben“.

Die Änderungen, die Kelsen in den 1960er Jahren an seiner Position tatsächlich vornahm, bezogen sich auf ganz andere und recht spezielle Aspekte: Variationen seines Theoriedesigns, Delikatessen eher für rechtstheoretische Feinschmecker. Es ging einmal um die Frage der Konstruktion der „Grundnorm“, jenem legendären und immer ein wenig geheimnisvollen Schlussstein im Gewölbe der Reinen Rechtslehre, die er lange Zeit als Hypothese qualifiziert hatte, nun aber als Fiktion begriffen wissen wollte. Eine andere wesentliche Änderung bezog sich auf die Frage, ob Regeln der Logik wie insbesondere der Satz vom ausgeschlossenen Widerspruch sich nicht nur auf Aussagen über Sachverhalte, sondern auch auf Normen beziehen ließen. Kelsen hatte das lange

Zeit bejaht. Vor allem (insofern ausnahmsweise in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre) war er davon ausgegangen, dass sich Konflikte innerhalb einer normativen Ordnung wie dem Rechtssystem durch Anwendung der für den Sein wie für den Sollensbereich gleichermaßen gültigen logischen Regeln bewältigen und somit auflösen ließen.

Zwei Normen mit einander logisch abschließendem Inhalt konnten dieser lange Zeit von ihm vertretenen Position zufolge nicht gleichzeitig gelten – genauso wie zwei widersprüchliche Aussagen nach Art von „A existiert“ und „A existiert nicht“ unmöglich beide zutreffend sein konnten. Von dieser Anwendung logischer Regeln auf Rechtsnormen – und nicht vom Dualismus von Sein und Sollen – verabschiedet er sich in den 1960er Jahren. Seine Position lautet nun, dass sich die Regeln der Logik auf widersprüchliche Normen nicht anwenden ließen. Im Hintergrund steht seine neu gewonnene Überzeugung, wonach logische Prinzipien nur auf Aussagen Anwendung finden können, die wahr oder unwahr sind. Normen hingegen stautierten ein Sollen und können daher weder wahr noch unwahr sein. Ihr Existenzmodus ist

der der Geltung. Normen sind nicht wahr oder unwahr, sondern sie gelten oder sie gelten nicht. Und da jede Norm dem späten Kelsen zufolge auf einem Willensakt beruht, widersprüchliche Willensakte unterschiedlicher Normsetzer aber ohne weiteres denkbar sind, können zwei miteinander in Konflikt stehende Rechtsnormen durchaus jeweils für sich Geltung beanspruchen. Mit Mitteln der Logik sei ein solcher Konflikt nicht zu lösen. Der Rechtswissenschaft bliebe von daher nur der Weg, die Existenz solcher miteinander unvereinbarer Normen zu beschreiben; den Normenkonflikt aus eigener Kraft qua Anwendung logischer Regeln zu lösen käme ihr nicht zu. Dabei ist immer vorausgesetzt, dass die Rechtsordnung selbst nicht positiviert Konfliktregeln etwa nach Art des Artikels 31 des Grundgesetzes („Bundesrecht bricht Landesrecht“) bereithält, die den (vermeintlichen) Konflikt bereinigen. Der Satz „lex posterior derogat legi priori“, also dem Vorrang des späteren Gesetzes vor dem früheren, wird aber nicht länger der Status einer rechtslogischen Wahrheit zugesprochen. Diese Regel gelte nur als positivierter Rechtsnorm. Details sind hier entbehrlich.

In der Sache genügt die Feststellung, dass Kelsens Modifikation seiner Rechtslehre in der Tat auch den Dualismus von Sein und Sollen betrifft. Denn die alte, jetzt von ihm verworfene Lehre hatte ja einen bestimmten Komplex von logischen Regeln angenommen, die für den Seins wie für den Sollensbereich gleichermaßen Geltung beanspruchten, für die Aussagen über Naturatsachen wie für die Erfassung von Rechtsnormen. Es gab sozusagen über dem Sein-Sollen-Dualismus ein gemeinsames Dach. Davon nimmt Kelsen jetzt Abstand. Regeln der Logik gelten seiner neuen Überzeugung zufolge nur noch für den Seins-, nicht aber für den Sollensbereich. Damit wird der Dualismus von Sein und Sollen aber nicht, wie in der Papstrede verkündet, aufgegeben. Er wird noch nicht einmal unverändert fortgeführt. Er wird vielmehr – ganz im Gegenteil – verschärft und zugespitzt. Von daher trifft im Grunde das Gegenteil von dem zu, was Benedikt XVI. in Bezug auf Kelsens angebliche Alterskonversion im Bundestag verlauten ließ.

Professor Dr. Horst Dreier lehrt Rechtsphilosophie, Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Würzburg und ist zurzeit Fellow der Carl Friedrich von Siemens Stiftung in München.