

edition suhrkamp 2543

Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat

Bearbeitet von
Stefan Huster, Karsten Rudolph

Originalausgabe 2008. Taschenbuch. 229 S. Paperback
ISBN 978 3 518 12543 4

Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Telekommunikationsrecht, Postrecht, IT-
Recht > Datenschutz, Postrecht

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beek-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Suhrkamp Verlag

Leseprobe



Huster, Stefan / Rudolph, Karsten
Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat

Herausgegeben von Stefan Huster und Karsten Rudolph

© Suhrkamp Verlag
edition suhrkamp 2543
978-3-518-12543-4

edition suhrkamp 2543

Ob Bundestrojaner oder Internetverbot für Terrorverdächtige: Seit dem 11. September wissen wir, wie schwierig es ist, das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit in der Balance zu halten. Lebt Wolfgang Schäuble Orwellsche Überwachungsphantasien aus? Sind seine Gegner naiv? Wie weit darf der Staat gehen, um seine Bürger zu schützen? Diese Fragen diskutieren in diesem Band unter anderem Gerhart Baum und Burkhard Hirsch, die erfolgreich gegen den Abschuss von Passagiermaschinen klagten, der ehemalige BND-Chef August Hanning, Wolfgang Bosbach, der stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, und der Terrorismusexperte Ulrich Schneckener.

Stefan Huster ist Professor für Öffentliches Recht an der Ruhr-Universität Bochum; Karsten Rudolph lehrt dort Geschichtswissenschaft und ist innenpolitischer Sprecher der SPD-Fraktion im nordrhein-westfälischen Landtag.

Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat

Herausgegeben von Stefan Huster
und Karsten Rudolph

Suhrkamp

edition suhrkamp 2543

Erste Auflage 2008

© Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 2008

Originalausgabe

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das
der Übersetzung, des öffentlichen Vortrags sowie der
Übertragung durch Rundfunk und Fernsehen,
auch einzelner Teile.

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form
(durch Fotografie, Mikrofilm oder andere Verfahren)
ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert
oder unter Verwendung elektronischer Systeme
verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Satz: TypoForum GmbH, Seelbach

Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim

Umschlag gestaltet nach einem Konzept

von Willy Fleckhaus: Rolf Staudt

Printed in Germany

ISBN 978-3-518-12543-4

I 2 3 4 5 6 – 13 12 11 10 09 08

Inhalt

Einleitung

- Stefan Huster und Karsten Rudolph:
Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat? 9

I. Sicherheit und Sicherheitsdenken im Zeitalter des neuen Terrorismus

- Ulrich Schneckener:
Warum lässt sich Terrorismus nicht »besiegen«?
Herausforderungen und Leitlinien für die
Terrorismusbekämpfung 25
- Peter Schaar:
Der Rüstungswettlauf in der Informationstechnologie 45
- Hans-Jürgen Lange:
Der Wandel des föderalen Sicherheitsverbundes 64

II. Die Aufgabe des Rechtsstaates im Kampf gegen den Terrorismus

- Erhard Denninger:
Prävention und Freiheit. Von der Ordnung der Freiheit . . . 85
- Manfred Baldus:
Freiheitssicherung durch den Rechtsstaat des
Grundgesetzes 107
- Christoph Gusy:
Mehr als der Polizei erlaubt ist?
Die Nachrichtendienste im Anti-Terrorkampf 120

III. Freiheit, Sicherheit und Politik

Wolfgang Bosbach:

Der Rechtsstaat in Zeiten des Terrors –
Warum für die Sicherheitspolitik jeder Tag
der 12. September ist 137

Ralf Stegner:

Im Zweifel für die Freiheit 151

Burkhard Hirsch:

Auf dem Weg in den Überwachungsstaat?
»Es gilt dem bitteren Ende zu wehren!« 164

IV. Wie viel Wissen braucht der Rechtsstaat?

Gerhart R. Baum:

Die Erosion des Grundrechtsschutzes im Spannungsfeld
von Freiheit und Sicherheit 181

August Hanning:

Sicherheit gewährleisten – Freiheit wahren 191

Johannes Rux:

Wie viel muss der Rechtsstaat wissen?
Datenerhebung im Kernbereich des Persönlichkeitsrechts . . 208

Über die Herausgeber und Autoren 228

Einleitung

Stefan Huster und Karsten Rudolph

Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat?

I. An den Grenzen der Freiheit. Sicherheitsgesetzgebung und Sicherheitsdiskussion in Deutschland

Der Staat hat seit dem 11. September 2001 mit einem beispiellosen Kraftakt auf die Bedrohung durch den islamistischen Terrorismus reagiert. In kurzer Folge wurden zwei Sicherheitspakete von der Bundesregierung geschnürt und vom Deutschen Bundestag verabschiedet. Die wissenschaftlichen Dienste des Parlaments haben bis zum Dezember 2007 ungefähr 20 neue gesetzliche Regelungen des Bundes ausgemacht, die nach den Anschlägen vom 11. September das Parlament passiert haben. Allein im Zuge der ersten zwei Artikelgesetze, die in Absprache mit den Ländern entworfen wurden, sind in einem ersten großen Schub über 100 Einzelgesetze in Deutschland geändert worden.

Außerhalb dieser Sicherheitspakete wurden weitere Gesetze beschlossen. Sie betrafen unter anderem die Erschwerung der Finanzierung des Terrorismus, die Errichtung des Bundesamts für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe (BBK), die Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben (sogenanntes Luftsicherheitsgesetz), die Errichtung gemeinsamer Dateien von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten des Bundes und der Länder (Gemeinsame-Dateien-Gesetz) und zuletzt die Vorratsdatenspeicherung. Darüber hinaus erfolgte im Mai 2005 per Organisationserlass der Bundesregierung die Einrichtung eines Gemeinsamen Terrorabwehrzentrums (GTAZ).

Der Blick auf die nach dem 11. September in Gang gekommene Gesetzgebungswalune im Bund und in den Ländern wäre indes unvollständig, wenn die Zustimmungsgesetze zu internationalen Abkommen unerwähnt blieben. Vier Wochen nach den Terroranschlägen stimmte der Bundestag dem Internationalen Übereinkommen vom

15. Dezember 1997 zur Bekämpfung terroristischer Bombenanschläge zu, ein Jahr später dem Internationalen Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 9. Dezember 1999 zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus. Erfolgte hierbei die Zustimmung zu internationalen Vereinbarungen, die bereits vor den Terroranschlägen ausgehandelt worden waren, so beruhte das sogenannte Hafenanlagensicherheitsgesetz vom Dezember 2003 auf einer von den USA über die NATO ausgehenden Initiative. Inzwischen befinden sich neben den Wasserschutzpolizeien der Länder auch die jeweiligen privaten Hafenanlagenbetreiber im Anti-Terrorkampf.

Im September und im Dezember 2004 erteilte der Bundestag seine Zustimmung zu zwei bilateralen Abkommen, die die Bundesregierung mit der Türkei und Tunesien zur »Bekämpfung von Straftaten mit erheblicher Bedeutung« geschlossen hatte. Beide Abkommen zielten nicht mehr allein auf eine verbesserte Zusammenarbeit im Kampf gegen den internationalen Terrorismus, sondern auch gegen die organisierte Kriminalität und andere schwere Straftaten. Gleiches gilt für das Schengen-II-Abkommen, das am 17. Juli 2006 verkündet wurde. Mit diesem Abkommen zwischen der Bundesrepublik, den Benelux-Staaten, Frankreich, Spanien und Österreich sollen darüber hinaus die grenzüberschreitende Kriminalität und die illegale Migration intensiver bekämpft werden können.

Aber auch dieser Überblick ist unvollständig: Denn der Kampf gegen den Terrorismus, den die Sicherheitsbehörden führen, wurde von den deutschen Innenministern priorisiert. Dem Anwachsen von Aufgaben und der Zuweisung von neuen Befugnissen folgten mehr Personal und größere Ressourcen. Darüber hinaus beschloss die Bundesregierung im Rahmen ihrer nationalen IT-Sicherheitsstrategie einen »Nationalen Plan zum Schutz der Informationsinfrastrukturen« und stellt von 2007 bis 2012 insgesamt 123 Millionen Euro für ein »Forschungsprogramm für die zivile Sicherheit« zur Verfügung.

Das Unbehagen gegenüber den im Eiltempo beschlossenen Gesetzen und Maßnahmen reichte jedoch tief in die jeweilige Regierungskoalition hinein. Nicht zuletzt deshalb befristeten die Parlamente weite Teile ihrer Sondergesetzgebung auf fünf Jahre und bauten vor

ihrer Weiterführung eine Evaluation der Gesetze ein. Dem Terrorbekämpfungsgesetz vom Januar 2002 folgte so nach einer Evaluation durch das Bundesinnenministerium das Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz (TBEG) vom Januar 2007. Allein, das Unbehagen blieb und der Gesetzgeber knüpfte seine neuerliche Zustimmung an eine externe Untersuchung der Gesetzesfolgen. Damit folgte die Politik einer Ermahnung des Bundesverfassungsgerichts, das in seiner Entscheidung über die akustische Wohnraumüberwachung (»Großer Lauschangriff«) darauf hingewiesen hatte, im Gesetzesvollzug auch die unbeabsichtigten Konsequenzen seines Handelns im Auge zu behalten.

Überhaupt entwickelte sich das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe zum Korrektiv der Anti-Terrorgesetzgebung. Bereits das Gesetz über die Abhörbefugnisse des Bundesnachrichtendienstes von 1997 und das Gesetz über den »Großen Lauschangriff« von 1998 hielten der verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Zwei Sicherheitsgesetze, die nach dem 11. September verabschiedet wurden, hat das Gericht für verfassungswidrig erklärt, bei einem dritten wurde eine einschränkende Interpretation vorgenommen. Ob bei der Erlaubnis zum Abschuss eines entführten Passagierflugzeugs, der Einführung einer präventiv-polizeilichen Telekommunikationsüberwachung oder bei der polizeilichen Rasterfahndung, »in allen Fällen«, so der frühere Richter im Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts, Dieter Grimm, »kam das Verfassungsgericht zu dem Schluss, dass der Gesetzgeber in seinem Streben nach Sicherheit die Grundrechte der Bürger übermäßig eingeschränkt hatte«. Einen vorläufigen Schlusspunkt bildet nun die Entscheidung zur Regelung der »Online-Durchsuchung« im nordrhein-westfälischen Verfassungsschutzgesetz, die mit der Entwicklung eines Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme der Sicherheitsgesetzgebung grundsätzliche Grenzen aufzeigt.

II. Vom Rechts- zum Präventionsstaat?

Die Problematik der dargestellten Entwicklungen besteht nicht darin, dass das unvermeidliche Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit an der einen oder anderen Stelle zu Lasten der Freiheit gelöst worden wäre. Dies kann und ist immer wieder geschehen, etwa während der Bekämpfung des linksextremistischen Terrors der siebziger Jahre in einigen europäischen Ländern; und es ist angesichts des Schocks, den der 11. September und der islamistische Terrorismus den westlichen Gesellschaften versetzt haben, auch kaum überraschend, wenn zur Zeit Sicherheit groß und Freiheit klein geschrieben wird. Die wirkliche Problematik liegt tiefer: Die Struktur der neuen terroristischen Bedrohung ist dergestalt, dass die traditionellen rechtsstaatlichen Sicherungen grundsätzlich unterlaufen zu werden drohen. Dies liegt daran, dass der neue Terrorismus zum einen nicht (nur) eine konkrete Gefahr, sondern (auch) ein diffuses Risiko darstellt, und wir ihn zum anderen als eine notstands- oder ausnahmezustandsähnliche Bedrohung wahrnehmen. Auf diese Weise verknüpfen sich zwei Elemente, die scheinbar in einem Spannungsverhältnis stehen: Auf der einen Seite die neue »Normalität« des Sicherheitsrechts in der Risikogesellschaft und auf der anderen Seite die Herausforderung rechtsstaatlicher Grundsätze durch eine vermeintlich exzeptionelle, eben ausnahmezustandsähnliche Situation. Die Versuchung besteht dann darin, dass der Ausnahmestand als Normalfall betrachtet und das Recht an seinen Erfordernissen ausgerichtet wird. Die Gefahren, die diese Betrachtungsweise für die Freiheitlichkeit des Gemeinwesens mit sich bringt, lassen sich auch deshalb so schwer vermeiden, weil beide Elemente keine Fremdkörper darstellen, sondern in der Geschichte des modernen Rechtsstaates durchaus angelegt sind.

So lassen sich die Entstehung des Staates und die Entwicklung seiner Aufgaben weithin über das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit rekonstruieren. Dabei steht die Gewährleistung von Sicherheit durchaus am Beginn dieser Entwicklung: Die Entstehung des modernen Territorialstaates ist eine Antwort auf die konfessionellen Bür-

gerkriege der frühen Neuzeit, deren Beendigung nach einer mit dem Monopol der Gewaltausübung ausgestatteten Zentralgewalt verlangte. Die frühen Souveränitätstheoretiker – Bodin und insbesondere Hobbes – haben diese Entwicklung plastisch als einen Vertrag beschrieben, in dem die Bürger sich dieser Gewalt unterwerfen, um von ihr Sicherheit und Schutz zu erlangen und den Naturzustand der Unsicherheit, den Krieg aller gegen alle, zu beenden. Auch heute noch ist dies eine der maßgeblichen Legitimationsgrundlagen der staatlichen Gewalt, wie das Bundesverfassungsgericht betont: »Die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung sind Verfassungswerte, die mit anderen im gleichen Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet«.

Die absolutistische Herrschaft verlangte allerdings bald selbst nach einer Zügelung, um einer übermäßigen und paternalistischen Beschränkung der gesellschaftlichen Freiheit zu begegnen. Dies leistete die Wendung zum Rechtsstaat: Das staatliche Handeln wurde dem Recht unterworfen, und zwar sowohl in formeller Hinsicht (Bindung an das von der Repräsentation der Gesellschaft beschlossene Gesetz) als auch in materieller Hinsicht (Bindung an die bürgerlichen Freiheitsrechte). Das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit wurde auf diese Weise im Sinne des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips eindeutig bestimmt: Eine staatliche Freiheitseinschränkung war nur zulässig, wenn und soweit sie zum Schutz dieser Freiheit vor Übergriffen Dritter, also zur Gewährleistung von Sicherheit, erforderlich ist.

Die diesem liberalen Modell zugrunde liegende Vorstellung, dass der Staat sich auf die Abwehr gewaltsamer Übergriffe beschränkt, während sich die freiheitliche Gesellschaft im Übrigen zum Wohle aller selbst reguliert, erwies sich spätestens mit der frühindustriellen Massenverelendung als unzutreffend. Der Staat konnte sich daher nicht mehr der Aufgabe entziehen, auch die materiellen Voraussetzungen des Freiheitsgebrauchs, also nicht nur die innere, sondern auch eine gewisse soziale Sicherheit zu gewährleisten. Allerdings ist diese Entwicklung zum Sozial- oder Wohlfahrtsstaat mit einer erheb-

lichen Ausweitung der staatlichen Verantwortung und der staatlichen Handlungsfelder verbunden, die – wie gerade die deutschen Kritiker dieser Entwicklung betont haben – die klassischen rechtsstaatlichen Grundsätze nicht unberührt lässt. Aus einer Freiheit vom Staat ist in erheblichem Ausmaße eine Freiheit der Teilhabe an den staatlichen Leistungen der Daseinsvorsorge geworden. Die dadurch bewirkten Interventionsmöglichkeiten des Staates und Abhängigkeiten des Bürgers ziehen eine Rematerialisierung des Rechtsstaatsbegriffs nach sich.

Eine neue Qualität gewinnt diese Ausdehnung der Sicherheitsverantwortung des Staates in hochkomplexen, globalisierten und störungsanfälligen Industriegesellschaften. In ihnen reicht es angesichts der möglichen Schadensdimensionen und der Komplexität der Zusammenhänge nicht mehr aus, auf bereits bestehende Gefahren zu reagieren; vielmehr muss möglichst schon der Eintritt dieser Bedrohung verhindert werden. Zum Schlüsselbegriff der modernen Gesellschaft wird daher der Begriff des Risikos, bestimmend für die staatliche Sicherheitsverantwortung der Begriff der Vorsorge oder Prävention. Der sogenannte Präventionsstaat bildete sich zunächst im Umwelt- und Technikrecht heraus, auf Gebieten also, deren Komplexität und Gefahreneigtheit nicht zu bestreiten sind. In diesem Rechtsbereich wird auch zuerst das rechtsstaatliche Gefahrenpotenzial dieser Entwicklung thematisiert: Die Forderung, bereits die Risiken der wissenschaftlichen, technischen und wirtschaftlichen Entwicklung zu vermeiden, verlangt in einer Situation, in der weder die Urheber noch die genaue Entstehung dieser Risiken bekannt sind, ein komplexes Risikomanagement, in dem eine wissenschaftliche Technikfolgenabschätzung und strenge staatliche Kontrollen unabdingbar sind.

Die neue terroristische Bedrohung verstärkt diesen Trend, weil sie eine Struktur besitzt, die eher an technische Großrisiken als an bekannte Formen der Kriminalität erinnert:

(1) Die Bedrohung ist weithin *entindividualisiert*. Sie lässt sich – anders als selbst die terroristische Bedrohung der 1970er Jahre, die sich noch konkreten Personen zuordnen ließ (etwa der sogenannten »Baader-Meinhof-Bande«) – nur als »Netzwerk des Terrorismus« be-

schreiben, dessen Angehörige bis zu ihrem mörderischen Tun überhaupt nicht in Erscheinung treten und deshalb treffend als »Schläfer«, als »Konvertiten« oder *homegrown terrorists* bezeichnet werden.

(2) Die Bedrohung ist *nicht lokalisierbar*; es handelt sich eben um ein »internationales« Netzwerk. Ähnlich wie eine Schadstoffemission kann diese Bedrohung ihre Gegner überall treffen und alle Grenzen überschreiten.

(3) Die *Schadensdimensionen* des Terrorismus sind technisch-industriellen Großunfällen vergleichbar. Es handelt sich – jedenfalls in der gesellschaftlichen Wahrnehmung – nicht um singuläre und punktuelle kriminelle Akte, sondern um katastrophenähnliche Ereignisse. Der Zusammenbruch der New Yorker Zwillingstürme hat dies versinnbildlicht; um so mehr gilt dies für denkbare Anschläge auf Atomkraftwerke oder den Gebrauch von ABC-Waffen.

(4) Anders als der gewöhnliche Kriminelle, der seinen eigenen Vorteil sucht, sind die Angehörigen des aktuellen Terrorismus *durch die staatliche Strafandrohung nicht zu beeindrucken*. Insbesondere den Selbstmordattentäter erreicht die abschreckende Wirkung der staatlichen Strafe gar nicht. Dies macht sein Verhalten nicht nur – nach üblichen Maßstäben – irrational und damit ähnlich unberechenbar wie eine Naturkatastrophe; vor allem legt dies die Folgerung nahe, dass der terroristischen Bedrohung nicht durch Repression, sondern allein durch Prävention beizukommen ist.

(5) Die terroristische Bedrohung hat nicht nur aufgrund ihrer Netzwerkstruktur einen *systemischen Charakter*: Sie ist nicht im Interesse einer unterdrückten sozialen Gruppe gegen (vermeintliche) Ungerechtigkeiten der politischen Ordnung gerichtet, sondern greift diese Ordnung und sogar die gesamte westliche Lebensform als solche an. Anders als für den klassischen Terrorismus ist daher nicht der politische Mord, der sich gegen staatliche Entscheidungsträger und gesellschaftliche Eliten richtet und den Tod weiterer Bürger höchstens in Kauf nimmt, ihr bevorzugtes Mittel, sondern das großflächige Attentat, das – wie eine Umweltkatastrophe – jedermann treffen kann und soll, weil ja alle Angehörigen des Gemeinwesens Träger der verhassten Lebensform sind. Dieser diffuse Charakter der Bedrohung

verschärft das Gefühl der Unsicherheit und weckt in der Bevölkerung in ihrem Verlangen nach einem entschlossenen staatlichen Vorgehen die Bereitschaft, weitgehenden Freiheitseinschränkungen zuzustimmen.

Fasst man diese Beobachtungen zusammen, so handelt es sich bei dem gegenwärtigen Terrorismus um eine Bedrohung, die weder personell noch lokal eindeutig identifizierbar ist, die Schadensdimensionen bisher unbekanntes Ausmaßes erreicht, der nicht nur repressiv sondern auch (und vor allem) präventiv begegnet werden kann und die schließlich einen diffusen, systemischen Charakter besitzt. Sie teilt damit zahlreiche Eigenschaften technischer Großrisiken und fördert auf diese Weise die Tendenz, das Risiko- und Vorsorgedenken aus dem Umwelt- und Technikrecht in das Recht der inneren Sicherheit – also in einen besonders sensiblen Bereich – zu übertragen. Diese Tendenz war bereits vorher unübersehbar: Die Ausrichtung nicht nur auf Kriminalitätsbekämpfung, sondern auf Kriminalprävention ist seit geraumer Zeit der Grundzug der gegenwärtigen Gesetzgebung und der sicherheitspolitischen Diskussion.

Dieser Grundzug, kombiniert mit den technischen Möglichkeiten der digitalen Revolution, die dem Staat neue Überwachungsmethoden anbietet, führt zu einer weiteren, tiefer liegenden Problematik. Nicht nur die Struktur der neuen terroristischen Bedrohungen unterläuft die herkömmlichen rechtsstaatlichen Sicherungen, sondern auch die technologische Struktur möglicher staatlicher Abwehrmaßnahmen. Die Speicherung biometrischer Merkmale aus den Pässen aller Bundesbürger in einer Zentraldatei, auf die die Sicherheitsbehörden online zugreifen können, ist keine Zukunftsvision mehr. Die Erfassung jeglichen Individualverkehrs durch das Toll-Collect-System auf deutschen Autobahnen stellt technisch kein Problem dar. Und auch das heimliche Mitlesen bereits abgelegter oder noch nicht versandter digitaler Post per »Online-Durchsuchung« ist ein qualitativer Sprung in der Überwachung des Briefverkehrs.

Diese Entwicklungen, die durch die aktuelle terroristische Bedrohung erheblichen Aufwind erhalten, werfen eine Reihe von rechtsstaatlichen Folgeproblemen auf:

(1) Der Rechtsstaat zeichnet sich dadurch aus, dass er eindeutige Verhaltensregeln aufstellt und die Gewährleistung von Rechtssicherheit es dem Bürger ermöglicht, *durch normkonformes Verhalten den Staat auf Distanz zu halten*. Im Präventionsstaat gilt dies nicht mehr: Hier stellt jeder Bürger ein potenzielles Risiko dar und kann dadurch Objekt staatlicher Überwachung und Kontrolle werden. Wie die (ergebnislose) Rasterfahndung nach dem 11. September in Deutschland gezeigt hat, erweckte gerade die unauffällige Lebensführung einen besonderen Verdacht.

(2) Der Rechtsstaat ist ferner dadurch geprägt, dass er sich mit dem normkonformen Verhalten der Bürger zufriedengibt und nicht auf ihr Inneres, ihre Gesinnung zugreift; klassisch kommt dies in der kantischen *Unterscheidung von Legalität und Moralität* zum Ausdruck. Der Präventionsstaat ist dagegen tendenziell darauf angelegt, bereits die rechtsfeindliche Gesinnung festzustellen und zu bekämpfen, bevor sich diese in Handlungen mit unabsehbaren Konsequenzen realisiert. Dies führt zu einer rechtsstaatlich problematischen Verlagerung der Sicherheitspolitik in das Vorfeld der Meinungsbildung der Bürger. So hat die deutsche Gesetzgebung nach dem 11. September etwa auch das Verbot religiöser Vereinigungen erleichtert, die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richten. Dies mag an sich nicht zu kritisieren sein; es zeigt aber die rechtspolitische Tendenz, nicht erst auf Normverstöße zu reagieren, sondern vermehrt bereits auf die Verbreitung entsprechenden Gedankengutes zuzugreifen – was in einer demokratischen Ordnung, die von der freien Meinungs- und Willensbildung lebt, immer ein heikles Unterfangen darstellt.

(3) Zu den rechtsstaatlichen Errungenschaften gehört die *Gleichheit aller Bürger* unabhängig von ihrer Herkunft und ihrer religiösen Überzeugung; dieser Grundsatz hat in nahezu allen Grundrechteerklärungen in Form von entsprechenden Diskriminierungsverboten seinen Ausdruck gefunden. Der diffuse Charakter der terroristischen Bedrohung verlangt dagegen von den Sicherheitsbehörden geradezu, dass sie im Rahmen ihrer Überwachungstätigkeit von derartigen Kriterien Gebrauch machen; ihre Ermittlungen konzentrieren sich

auf die »Risikogruppe« der Bürger islamischen Glaubens, die aus arabischen Ländern stammen. Der diskriminierende Charakter dieser Vorgehensweise – etwa von Razzien zur Personenfeststellung in Moscheen, die in Deutschland in jüngster Zeit bereits mehrfach durchgeführt wurden – wird von der verunsicherten Bevölkerungsmehrheit um so leichter akzeptiert, als sie selbst mit hoher Wahrscheinlichkeit von derartigen Maßnahmen nicht betroffen sein wird. Die notwendigerweise an typisierende Kriterien anknüpfende Überwachung im Dienste der Risikovorsorge droht damit auch das Gebot der staatsbürgerlichen Gleichheit zu unterminieren – ganz abgesehen von den politischen Wirkungen, die ein derartiger Generalverdacht gegenüber bestimmten Bevölkerungsgruppen hat.

(4) Prävention und Risikovorsorge sind zunächst auf den *Erwerb von Wissen* angelegt: Die Sicherheitsbehörden müssen versuchen, möglichst frühzeitig in Erfahrung zu bringen, wann und wo terroristische Anschläge geplant werden oder wo auch nur ein gesellschaftliches Milieu existiert, dessen Angehörige zu derartigen Aktivitäten neigen könnten. Dies führt zu dem Verlangen, die Bürger möglichst umfassend – etwa im Wege der flächendeckenden Überwachung der Kommunikation – kontrollieren zu können. Das Sicherheitsbedürfnis setzt damit rechtsstaatliche Grundsätze des Datenschutzes und der Unverletzlichkeit der Privatsphäre unter einen enormen Rechtfertigungsdruck.

(5) Im Rechtsstaat war und ist es immer erforderlich, Freiheit und Sicherheit einander zuzuordnen. Das klassische Instrument dieser Zuordnung ist das *Prinzip der Verhältnismäßigkeit*, das sich der Sache nach in allen rechtsstaatlichen Ordnungen findet. Danach sind staatliche Eingriffe in die Freiheit der Bürger nur zulässig, wenn und soweit sie zur Abwehr von Gefahren geeignet, erforderlich und angemessen sind. Allerdings setzt eine effektive gerichtliche Verhältnismäßigkeitskontrolle voraus, dass das jeweils verfolgte Schutzgut möglichst präzise benannt wird, damit es in ein Verhältnis zu dem jeweiligen Freiheitseingriff gesetzt werden kann. Gerade dies ist aber – und hier liegt vielleicht das größte rechtsstaatliche Problem! – in der gegenwärtigen Sicherheitsdebatte kaum möglich: Wenn es nicht um die Abwehr einer

konkreten Gefahr, sondern eines unbestimmten Risikos geht, das weder näher bezeichnet noch individuell zugerechnet werden kann, aber um so bedrohlichere Ausmaße annimmt, fehlt es an einem Maßstab für die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Gewährleistung von Sicherheit wird dann zu einem Blankettbegriff, der ohne weitere Präzisierung rechtsstaatlich nicht zu disziplinieren ist.

Die »Normalität« des Sicherheitsrechts in der Risikogesellschaft und dessen Übertragung auf den Bereich der inneren Sicherheit ist das eine rechtsstaatliche Problem; das andere ergibt sich daraus, dass die neue terroristische Bedrohung vielfach als eine ausnahmezustandsähnliche Situation, als eine existentielle Bedrohung des Gemeinwesens wahrgenommen wird. Das liegt nicht allein an dem diffusen Charakter dieser Bedrohung, die jeden jederzeit treffen kann, und auch nicht allein an den bisher unvorstellbaren Schadensdimensionen. Wichtig ist insofern auch die erklärte Intention des neuen Terrorismus. Der linksradikale europäische Terrorismus der siebziger Jahre beabsichtigte eine Provokation: Durch die Anschläge sollte das politische System zu einer übertriebenen und hysterischen Reaktion veranlasst werden und gerade dadurch sein wahres Gesicht als Polizei- und Überwachungsstaat offenbaren, der sich über Bürgerrechte hinwegsetzt. Ganz anders zielt der heutige Terrorismus darauf ab, die moralische Verkommenheit und die Wehrlosigkeit der westlichen Lebensform und die Überlegenheit der eigenen Ideologie zu demonstrieren. In dieser Situation des Generalangriffs gegen die eigene Lebensform – gegen »die Freiheit« – ist es nachvollziehbar und auch durchaus vernünftig, dass die westlichen Gemeinwesen sich nicht einschüchtern lassen, sondern Stärke und Entschlossenheit zeigen wollen. Gerade dies bringt aber auch die Gefahr mit sich, dass man sich – zumal gegenüber Tätern mit extrem rechtsfeindlicher Gesinnung – in einer ausnahmezustandsähnlichen Situation wähnt und daher in der Wahl der Mittel nicht zimperlich ist. Dabei ist es keineswegs so, dass das Denken vom Ausnahmezustand oder Grenzfall her der Staatstheorie fremd wäre. Die Entstehung und Begründung des modernen Staates verdankt sich ja gerade einer Ausnahmesituation, nämlich den konfessionellen Bürgerkriegen; und es ist von Hobbes

bis Carl Schmitt eine gängige Argumentationsstrategie, die (dann natürlich sehr weitreichenden) Befugnisse der staatlichen Herrschaft von dieser Ausnahmesituation aus zu bestimmen.

So wird nun auch in der deutschen juristischen Literatur für die *ticking bomb*-Situation (der Terrorist, der eine Atombombe in einer Großstadt deponiert hat und das Versteck nicht preisgeben will) sogar die rechtliche Zulässigkeit des Einsatzes einer sogenannten »Rettungsfolter« *de lege lata* oder – angesichts der eindeutigen entgegenstehenden Rechtslage – zumindest *de lege ferenda* in Erwägung gezogen. An diesem spektakulärsten Beispiel zeigt sich plastisch, wie bisher unhinterfragte rechtsstaatliche Grenzen – nämlich das Folterverbot – durch die Konstruktion von realen oder fiktiven Katastrophenszenarien, auf deren Bewältigung die Interpretation des Rechts oder die rechtspolitischen Forderungen ausgerichtet werden, in Frage gestellt werden können. Nun mag man in einer Situation, in der der Tod Tausender Unschuldiger droht, durchaus Verständnis dafür haben, dass die Ermittlungsbehörden den verhafteten Terroristen nicht mit Samthandschuhen anfassen. Die Frage ist nur, ob uns dieses *moralische* Verständnis in einem Extremfall dazu veranlassen sollte, das allgemeine *rechtliche* Folterverbot zu relativieren. Das Problem lässt sich vermutlich nicht durch eine Kompromittierung des Rechts lösen, sondern nur durch das Eingeständnis, dass sich nicht alle Grenzfälle juristisch bewältigen lassen, ohne die Rechtsordnung im Kern zu beschädigen. Die Klassiker des Staatsdenkens haben immer gewusst, dass es Situationen gibt, die das Recht nicht regeln kann. Das paradigmatische Beispiel dafür ist das Widerstandsrecht der Bürger, über das John Locke, der große Theoretiker des rechtsstaatlichen Normalzustandes, am Ende seiner *Zweiten Abhandlung über die Regierung* nur noch resignierend feststellen konnte, dass man in diesem Falle der Gewalt unter Menschen, die keine Berufung an einen irdischen Richter zulässt, nur noch den Himmel anrufen könne und jeder Mensch sein eigener Richter sei, ob er den Widerstand und seine Risiken auf sich nehme.