

Gerhart R. Baum

## Die Erosion des Grundrechtsschutzes im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit

### I.

Im Spannungsbereich von Sicherheit und Datenschutz stehen die Verteidiger der Privatheit immer wieder mit dem Rücken an der Wand. Zu verteidigen sind inzwischen eine ganze Reihe von Grundrechten: Die Menschenwürde, die Unverletzlichkeit der Wohnung, die Pressefreiheit. Das Versammlungsrecht, wenn wir die Beschränkungen in Heiligendamm vor Augen haben, mit dem inakzeptablen Einsatz von Tornado-Flugzeugen unter Begleitung von Einschränkungen des Versammlungsrechts durch die Gerichte. Damit wurde die ganze Vorsorgehysterie sichtbar, die immer wieder an den Grenzen der Verfassung entlang geschrammt ist oder sie überschritten hat. In der Auseinandersetzung um die Haftdauer für RAF-Häftlinge war die auf dem Prinzip der Menschenwürde beruhende Position zu verteidigen, dass auch eine lebenslange Freiheitsstrafe die Perspektive der Freiheit enthalten muss. In Köln geht es zur Zeit im Streit um einen Moschee-Neubau um die Religionsfreiheit. Immer wieder gilt es, in schwierigen Situationen, oft auch gegen die Mehrheit der Bevölkerung – ich denke nur an den Folterfall Daschner – die Grundrechte zu verteidigen. Sie sind einer zunehmenden Erosion ausgesetzt. Es kommt entscheidend darauf an, »ob die Schwere des Eingriffs in die Freiheitssphäre des Bürgers noch in einem angemessenen Verhältnis zum Nutzen und zum Ertrag für die öffentliche Sicherheit steht«, wie der Präsident des Bundesverfassungsgerichts kürzlich noch einmal festgestellt hat. Das ist in vielen Fällen, so beim neuen Gesetz über das Bundeskriminalamt (BKA), nicht der Fall. Otto Schily hat immer behauptet, es gäbe ein Grundrecht auf innere Sicherheit. Das ist eine Erfindung. Sicherheit ist nur als Bedingung für die Möglichkeit der Freiheit zu begreifen, nicht als Wert an

sich. Zielgröße ist immer die Freiheit. Der Frankfurter Jurist Erhard Denninger weist darauf hin, dass in den Sicherheitsgesetzen, die Schily vorgelegt hat, das Wort »Terrorismus« 37 Mal, das Wort »Freiheit« kein einziges Mal vorkommt. Das ist bezeichnend für die Situation.

## II.

Wir sind in einer Situation, die es schwer macht, in den Parlamenten Datenschutzforderungen durchzusetzen. Wir müssen uns fragen: Woran liegt das? Was können wir ändern?

Meine Lebenserfahrung ist, dass Politiker auf Druck ihrer Wähler reagieren. Dieser Druck ist nicht stark genug. Immerhin hat eine Allensbach-Umfrage im Oktober 2007 ergeben, dass nur 14 Prozent der Deutschen den Flugzeugabschuss und nur 32 Prozent die heimliche »Online-Durchsuchung« unterstützen. Quintessenz der Untersuchung ist: »Die Mehrheit zieht eine deutliche Trennlinie zwischen Maßnahmen, die sich gezielt gegen Verdächtige richten und Maßnahmen, die darüber hinaus Überwachungsmöglichkeiten schaffen oder gar unbeteiligte Bürger in Mitleidenschaft ziehen.«

Die Menschen werden manipuliert, um einer diffusen Terroris- musangst zu erliegen. Es wird ihnen nicht gesagt, dass selbst in einem totalen Überwachungsstaat Risiken nicht ausgeschaltet werden können. Es wird eine Stimmung erzeugt, in der sie schließlich kapitulieren, gemäß dem dummen Spruch: Wer nichts zu verbergen hat, hat auch nichts zu befürchten. Er geht an der Wirklichkeit vorbei, denn in der Tat ist etwas zu befürchten. Für die Geltung von Grundrechten kann es auch keine Bedeutung haben, ob einzelne Bürger oder gar die Mehrheit auf sie verzichten wollen. Immerhin: ein Stimmungswandel deutet sich an. Die geplante »Online-Durchsuchung« und die Vorratsdatenspeicherung rütteln auf.

Es bleibt die Frage: Hat das Internet die Sensibilität der Menschen verändert? Sind die Menschen heute eher bereit, gleichgültig gegenüber der Preisgabe von Daten zu sein? Hat sich die Schamgrenze gesenkt?

Die Angst vor dem Verbrechen hat zu immer neuen Schüben von Ausnahmegesetzen geführt. Wir sind seit Jahrzehnten auf einer Rutschbahn. In der Ausnahmesituation der RAF-Bedrohung haben wir Ausnahmegesetze gemacht. Einen Teil der Gesetze und der Fahndungsmaßnahmen haben wir revidiert, beispielsweise das Kontaktsperregesetz oder auch die Einbeziehung von Unverdächtigen in die Fahndung aufgrund von allgemeinen Merkmalen. Eine weitere Phase Mitte der neunziger Jahre war gekennzeichnet durch eine übertrieben dargestellte Bedrohung durch die organisierte Kriminalität. Ein fatales Ergebnis dieser Debatte war der »Große Lauschangriff«. Er hat zum Rücktritt der FDP-Justizministerin geführt, die später in einer bisher nicht gekannten Weise durch das Bundesverfassungsgericht bestätigt worden ist. Burkhard Hirsch, Sabine Leutheusser-Schnarrenberger und mir wurde in wesentlichen Punkten Recht gegeben. Das Urteil hat die Grenzen der staatlichen Ermittlungstätigkeit aufgezeigt. Wir haben eben eine Verfassung, die Grenzen setzt. Diese Grenze liegt vor allem im Schutz der Menschenwürde. Das Gericht hat diese Beschränkungen auch in anderen Urteilen sehr genau bestimmt. Im Urteil zur Rasterfahndung ist festgelegt worden, dass nicht ins Blaue hinein gefahndet werden darf, ohne einen konkreten Verdacht zu haben. Im Urteil zum Luftsicherheitsgesetz, das in wesentlichen Punkten auf unsere Initiative und unter Federführung von Burkhard Hirsch für nichtig erklärt wurde, hat das Gericht entschieden, dass der Staat von seinen Bürgern nicht erwarten darf, dass sie sich für andere opfern. Leben darf nicht nach Kriterien von Qualität oder Quantität gegen Leben aufgewogen werden. Die Folge dieses Urteils war, dass einige Politiker sofort nach Auswegen gesucht und dazu die Konstruktion eines »Quasi-Verteidigungsfalles« ins Gespräch gebracht haben. Das heißt also: Wir haben das Bundesverfassungsgericht, das in einer bemerkenswerten Serie von Entscheidungen dem Gesetzgeber in den Arm gefallen ist, während die Politiker immer wieder die Belastbarkeit der Verfassung erproben. So etwas hat es in der Geschichte der Bundesrepublik noch nicht gegeben: Niedersächsisches Polizeigesetz, Europäischer Haftbefehl, Zollfahndungsgesetz, *Cicero*-Entscheidung, Entscheidungen zu Abhörmaßnahmen

gegen einzelne Anwälte – eine Serie von Urteilen des Bundesverfassungsgerichts gegen die Politik.

Das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts von 1983 stellte auf einen Aspekt ab, der auch heute ganz wichtig ist: In einer freiheitlichen Demokratie darf die freie Auseinandersetzung nicht behindert werden. Die Bürger dürfen nicht in die Furcht geraten, dass ihre Kommunikation überwacht wird mit der Folge, dass sie ihre Rechte nicht mehr wahrnehmen. Dadurch, so hat das Gericht argumentiert, nimmt die Demokratie Schaden. Diese Argumente können und müssen auch herangezogen werden, wenn wir das neue Instrument der Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikationsverbindungen beurteilen. Es ist in meinen Augen verfassungswidrig. Aus Kommunikationsprofilen werden Persönlichkeitsprofile. Wie kommt der Staat dazu, das Kommunikationsverhalten aller Bürger (und das nicht nur zur Terrorbekämpfung) zu speichern – anlass- und verdachtslos! Die Nachrichtendienste erhalten Zugang zu den Daten – ohne Beschränkung! Warum nutzt man nicht die grundrechtsschonenden Alternativen, die es gibt. Ich gehöre unter Federführung von Burkhard Hirsch zu den Beschwerdeführern gegen dieses Gesetz. Die einstweilige Anordnung des Gerichts hat erste Grenzen gesetzt und macht Hoffnung auf einen Erfolg.

### III.

Ein gefährlicher Schub auf dem Weg in den Überwachungsstaat kam mit der Reaktion auf den 11. September. Wieder entstand die bekannte Gemengelage. Die einen versprechen mehr Sicherheit, ohne Erforderlichkeit und Verfassungskonformität penibel zu prüfen. Die anderen machen es sich schwerer, wenn sie Sicherheitsbedürfnisse und Freiheit gegeneinander abwägen.

Zur Logik des Sicherheitsstaats gehört seine Maßlosigkeit. Er findet keine Beschränkung, wenn man ihn nicht bremst. Ich war Datenschutzminister und Sicherheitsminister in einem. Ich habe das Spannungsverhältnis in mir selber aushalten müssen – nicht immer habe

ich diese Prüfung bestanden. Auf eine Tat folgt bei uns regelmäßig die Forderung nach immer neuen Gesetzen. Immer wieder erleben wir das bekannte Ritual. Die »Sauerlandtäter« wurden gefasst, bevor sie ihre Verbrechen begehen konnten. Wir freuen uns nicht, sondern einige tun so, als sei die innere Sicherheit allein von der »Online-Durchsuchung« abhängig, deren Unverzichtbarkeit bisher nicht dargelegt wurde.

Ich brauche nicht im Einzelnen aufzuführen, was alles im Lauf der Jahre passiert ist: erhöhte Strafdrohung, erleichterte Verhaftung, elektronische Belauschung, anlasslose Personenkontrolle, polizeiliche Recherchen im Vorfeld über ahnungslose Kontakt- und Begleitpersonen, Rasterfahndung (die vom Verfassungsgericht an enge Kriterien gebunden worden ist), Telefonkontrollen mit den höchsten Steigerungsraten weltweit, Kontrollmöglichkeiten aller grenzüberschreitenden Telekommunikation, Ausdehnung der Zuständigkeit der Geheimdienste, schleichender Abbau der Trennung zwischen Polizei und Verfassungsschutz. Das Bankgeheimnis fiel; die Pässe werden mit Fingerabdrücken und biometrischen Merkmalen ausgerüstet; das Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz (ein schreckliches Wort!) hat vor kurzem drastisch und ohne ernsthafte Evaluierung des Vorgängergesetzes die Auskunftsrechte der Geheimdienste erweitert und bezieht sich keineswegs nur auf den Terrorismus; gemeinsame Arbeitsdateien von Geheimdiensten und Polizei, deren Inhalt, Dauer und Zugang ohne parlamentarische Beteiligung allein von der Verwaltung bestimmt werden; die Vorratsdatenspeicherung; das Zollfahndungsgesetz und schließlich der Versuch, den privaten Computer heimlich zu erfassen.

Da man die Täter nicht mehr kennt, soll eine allgemeine Prävention eingeführt werden. Es hat ein gefährlicher Paradigmenwechsel stattgefunden: Um eine Straftat zu verhindern, nimmt man Grundrechtsverstöße in Kauf. Die Unschuldsvermutung wird aufgegeben. Damit begibt man sich auf einen Weg vom gegenwärtigen Angriff über die konkrete und abstrakte Gefahr bis hin zu vagen Vermutungen. Immer mehr präventive Eingriffsbefugnisse werden geschaffen. »Die präventive Logik«, sagt der Journalist Heribert Prantl »ist expan-

siv«, und er fügt hinzu: »Wer vorbeugen will, weiß nie genug – und so verwandelt sich der Rechtsstaat in den Präventionsstaat.«

Es ist nicht zu bestreiten, dass sich die Gesellschaft auf neue Bedrohungen einstellen muss. Der islamistische Terrorismus ist nicht allein mit der Drohung nachträglicher Sanktionen zu bekämpfen. Prävention ist wichtiger geworden. Dennoch wächst die Gefahr, dass ein »entgrenzter Präventionsstaat« entsteht. Wer vorbeugen will, weiß eben nie genug. Mit zahlreichen neuen Maßnahmen, so mit der Vorratsdatenspeicherung der Kommunikationsverbindungen, werden die Bürger pauschal als Risikofaktoren behandelt. Generell ist zu fragen, wie diese durch die Informationstechnologie verstärkte Dynamik sich in das System des Schutzes grundrechtlicher Freiheit einfügen lässt. Das von mir als Beschwerdeführer mit erstrittene jüngste Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Online-Problematik hat dazu eine deutliche Antwort gegeben.

Auch wenn die einzelne Maßnahme möglicherweise relativ harmlos erscheint: Es ist die Summe aller Maßnahmen, die die Struktur unserer Gesellschaft zu verändern droht. Es wird mit den Fingerabdrücken angefangen. Es wird gesagt: Die brauchen wir in den Pässen, um wirklich festzustellen, ob derjenige, der den Pass vorlegt, auch identisch ist mit demjenigen, auf den der Pass ausgestellt worden ist. Die nächste Überlegung wird sein: Wir richten eine Datei ein, denn schließlich haben wir die Daten. Für die mehr als drei Millionen Ausländer in unserem Lande soll jetzt schon eine Fingerabdruckdatei eingerichtet werden. Das heißt: Eins kommt zum anderen. Bei den Mautdaten wurde uns gesagt: Sie sind für Abrechnungszwecke notwendig. Jetzt sollen sie helfen, Verbrechen aufzuklären. Hier würde ich sogar ein Stück mitgehen, wenn die Kriterien klar bestimmt sind. Der biometrische Code im Pass wird in Kürze mit den Videokameras kombiniert werden können, befürchte ich. Man wird sagen: Wir haben die Videokameras, wir haben die biometrischen Daten. Also verbinden wir beides. Der Zugriff auf alle Großdateien der Sicherheits-, der Steuer-, der Gesundheitsbehörden, der Arbeitsmarktagenturen und die Verbindung dieser Dateien ist verführerisch. Polizei und Dienste werden dieser Versuchung kaum widerstehen, wenn kein Widerstand geleistet wird.

#### IV.

Und nun stehen wir vor den neuen Vorschlägen Schäubles, unter anderem dem Entwurf zu einem neuen Gesetz zum BKA. Man muss sich wirklich fragen, ob wir nicht auf dem Wege zur Rehabilitation des Staatsrechtlers Carl Schmitt sind, der bekanntlich bei aller intellektuellen Brisanz ein Wegbereiter des Nazi-Unrechtsstaates war. Er hatte sich intensiv mit dem Phänomen des Ausnahmezustandes befasst und legitimierte die Aufhebung von wichtigen Elementen der Rechtsordnung in solchen Situationen. »Der Führer schützt das Recht«, hat er nach den Röhm-Morden behauptet. Er sagte: Um Recht zu schaffen, muss man nicht Recht haben. Schmitt hat dem Staat das Kriegerrecht im Inneren eingeräumt. In der Tat sind wir in unseren Diskussionen auf dem Wege zur Einführung eines Feindstrafrechts zur Bekämpfung des Terrorismus. Bush hat uns das vorgebracht – und nun soll auch die Bundeswehr als Ersatzpolizei die Kriminalität bekämpfen! Innere und äußere Sicherheit werden immer stärker miteinander vermischt. Ein Völkerpolizeirecht ist das Ziel!

Wir sind erneut in einer Phase der Ausnahme Gesetze. Schäuble setzt sich kritisch mit den fundamentalen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auseinander: Er hält die Entwicklung des »Schutzbereichs privater Lebensgestaltung« im Lauschangriffurteil, das Verbot des Abschießens von Passagiermaschinen und das Verbot der Rasterfahndung ohne konkreten Tatverdacht für problematisch. Der Gesetzgeber müsse seine Entscheidungen durch deren »inhaltliche Vernünftigkeit selbst verantworten«, hält er provokativ dem Bundesverfassungsgericht vor. Wenn er meint, der Staat müsse das »Menschennögliche« tun, so vergisst er die Grenzen, die die Verfassung setzt. Es darf keine Abstriche am Prinzip der Menschenwürde geben. Der Zweck rechtfertigt nicht jedes Mittel! In diesem Rahmen müssen die Sicherheitsbehörden angesichts einer Lage ernster Bedrohung – diese Einschätzung ist nicht zu bestreiten – das Notwendige tun, aber eben nach sorgfältiger Abwägung.

## V.

Ich habe neben einigen anderen Bürgern Verfassungsbeschwerde gegen die »Online-Durchsuchung« im NRW-Verfassungsschutzgesetz eingelegt. Nach unserer Ansicht verstößt es gegen mehrere Grundrechte. Insbesondere beachtet es nicht den vom Verfassungsgericht geforderten Schutz eines »Kernbereichs privater Lebensgestaltung«, weil die privaten Daten auf der Festplatte sich von den anderen nicht trennen lassen.

Der Computer hat sich im Laufe der letzten Jahre zum Inbegriff der Privatheit entwickelt. Wer hätte es vor einigen Jahren für möglich gehalten, dass mit einem einzigen Zugriff eine hohe Zahl von Daten gewonnen werden kann, die ein komplettes Persönlichkeitsprofil ergeben können. In diesem Zusammenhang ist zurzeit oft vom »ausgelagerten Gehirn« oder vom »Blick in die Seele eines Menschen« die Rede. Es handelt sich um einen besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriff von erheblicher Intensität und einer neuen Dimension. Es wird tief in die Privatsphäre und damit auch in die Intimsphäre eines Menschen eingegriffen – und das in ganz anderer Weise als bei der akustischen Wohnraumüberwachung.

Auch der Hinweis auf die geringe Zahl der beabsichtigten Maßnahmen vermag die Bedenken nicht zu entkräften. Es werden immer mehr Zahlen bekannt. So schätzt die Generalbundesanwaltschaft nach Angaben von Professor Sieber die in den letzten Jahren durchgeführten »Online-Durchsuchungen« auf etwa zehn bis maximal 20 Maßnahmen. Der BND soll bisher etwa ein Dutzend Zugriffe durchgeführt haben. Die neuen Eingriffsmöglichkeiten – einmal eingeführt – werden wie die Telefonüberwachung einer Dynamik zur Erweiterung ausgesetzt sein. Die Kosten werden angesichts der rasanten Fortentwicklung der Informationstechnologie sinken. Es wäre also verfehlt, hier auf »Grundrechtsschutz durch technische Schwierigkeiten« zu setzen. Bei den Informationstechnologien handelt es sich immer um Momentaufnahmen. Umso wichtiger sind eindeutige rechtliche Grenzen.

Nun hat Karlsruhe neu entschieden und mit einem neuen Grundrecht zum »Computer-Schutz« Rechtsgeschichte geschrieben. Das Gericht ist im Informationszeitalter angekommen. Es hat hohe Hürden vor diesem schweren Grundrechtseingriff errichtet und fordert, Schutzlücken zu schließen. Das betrifft, weit über den Sicherheitsbereich hinaus, den Komplex persönlicher Daten in digitalen Systemen z. B. bei privaten PCs oder Softwareproduzenten. Das wird man noch ausloten müssen. Erneut hat sich Karlsruhe als Bollwerk gegen die Erosion der Grundrechte bewährt. Das Gesetz aus Nordrhein-Westfalen ist in weiten Teilen verfassungswidrig.

## VI.

Es stellt sich die Frage, wie sich andere Staaten, mit denen wir auf der Basis einer gleichen Werteordnung zusammenarbeiten, verhalten werden. Denken wir an die Vorratsdatenspeicherung, so sehen wir einen Prozess der internationalen Aufweichung von Datenschutzprinzipien. Wird sich das fortsetzen? Wird die zunehmende Übertragung von Kompetenzen auf die Europäische Gemeinschaft und der intensive internationale Datenaustausch dazu führen, dass wir unsere Standards nicht behaupten können – Standards, die geprägt sind von den bitteren Erfahrungen, die unser Land mit der Nazi-Diktatur gemacht hat?

Wenn ich mir den letzten, bemerkenswerten Bericht des Bundesbeauftragten für den Datenschutz ansehe, so ist das ein Horrorkatalog. Wir müssen innehalten und uns besinnen. Wir brauchen auch dringend, im öffentlichen wie im privaten Sektor, ein neues Datenschutzrecht, das uns besser schützt. Die Vorschläge, die der Bundesbeauftragte zur Weiterentwicklung des Datenschutzrechtes macht, finde ich sehr beachtlich. Er sagt: Ohne entsprechende Reformschritte wird die Lücke zwischen dem technologischen Fortschritt und dem Einsatz elektronischer Datenverarbeitung immer größer. Sie sind dringend erforderlich – auch für den privaten Bereich! Warum ist diese Reform bisher kein Thema bei den Berliner Entscheidungsträgern?

Der Berliner Journalist Christian Bommarius beschäftigt sich mit der Serie von Gesetzen zur Kriminalitätsbekämpfung in allen Bereichen und kommt zu dem Schluss: »Die Angst vor dem Verbrechen ist furchtbarer als das Verbrechen und gefährlicher als der Verbrecher, denn sie lässt sich nicht festnehmen, nicht anklagen, nicht verurteilen, nicht bestrafen.« Und an anderer Stelle fährt er fort: »Verglichen mit dem Aberglauben, dessen sich der neue Gesetzgeber bedient, waren die Abwehrritten des Volksglaubens Manifestationen der Rationalität. Der Glaube, die Gefahren der Risikogesellschaft ließen sich durch Kriminalisierung bezwingen, verrät weniger Realitätssinn als die Hoffnung, das Böse mit dem Blick zu töten.« Recht hat der Mann!

Der Staat ist verantwortlich für unsere Sicherheit. Er ist an sich weder »gut« noch »böse«. Es ist in einer funktionierenden Demokratie die Aufgabe der Grundrechte, ihm klare Grenzen zu setzen. Freiheit und Sicherheit – gewährleistet durch den Staat: diese Prinzipien müssen auch den Schutz *vor* dem Staat umfassen. Das Grundgesetz als unser Gründungsdokument, geprägt durch die Erfahrungen mit einer schlimmen Schreckensherrschaft, verfasst in einer Zeit, die keineswegs idyllisch war, sondern belastet durch existenzielle Bedrohungen der Freiheit im Ost-West-Konflikt, hat Maßstäbe gesetzt, denen wir verpflichtet sind.

Unsere Rechtsordnung hat sich bewährt. Die Bedrohungslage zwingt uns nicht, bewährte Strategien der Kriminalitätsbekämpfung aufzugeben. Wir brauchen keine neue »Sicherheitsarchitektur«. Viel wäre schon gewonnen, wenn die erheblichen Vollzugsdefizite – sie kosten Geld! – beseitigt würden.

Unsere Grundrechte sind immer wieder bedroht – dagegen muss Widerstand organisiert werden! Die Freiheit verteidigt man am besten, indem man sie lebt.