

Wolfgang Bosbach

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

Die Konjunktur der öffentlichen Meinung ist unsted und die Problemwahrnehmung der Menschen oft flüchtig. Was uns gestern noch erschütterte, ist heute meist schon verdrängt. Aber wie sollten wir auch sonst leben? Zugleich ist die Versuchung mächtig, aus der Erfolglosigkeit aller bisherigen Anschlagversuche in Deutschland auf das Genügen der Abwehrmaßnahmen und die Überflüssigkeit weiterer Anstrengungen zu schließen. Wer liebt schon Cassandra? Es ist auch im Grunde nichts falsch daran, wenn die Menschen ihr Leben nicht auf Dauer im Zeichen des Terrors planen. Im Gegenteil: Die Köpfe und Herzen mit Angst zu erfüllen, um so Macht über das Tun und Lassen der Menschen zu gewinnen, ist seit jeher das Ziel von Terroristen und, wenn man so will, der strategische Kern des Terrorismus. Die Bewahrung unserer freiheitlichen Lebensart ist darum das natürliche Zentrum jeder Anti-Terrorstrategie. Die Menschen dürfen in ihrem Alltag die vorhandene Bedrohung unseres Landes durch den internationalen Terrorismus verdrängen – verantwortliche Sicherheitspolitik darf es nicht.

Verantwortliche Sicherheitspolitik nach dem 11. September 2001 bedeutet: Wir müssen bereits heute die Maßnahmen ergreifen, die Vorbereitungen treffen und die Gesetze verabschieden, von denen wir uns nach einem großen Anschlag in Deutschland wünschen würden, sie rechtzeitig gemacht zu haben. Hätten wir in den neunziger Jahren nicht die Voraussetzungen zur akustischen Wohnraumüberwachung geschaffen, wäre der Fall der Terroristen im Sauerland im September 2007 von den Sicherheitsbehörden nicht in gleicher Art zu beherrschen gewesen, wie dies zum Glück der Fall war. Unser Land und

unser Leben sähen heute wahrscheinlich ganz anders aus. Der frühere amerikanische Justizminister Alberto Gonzalez hat bei seinem Deutschlandbesuch im Oktober 2006 gesagt, für die Mitarbeiter seiner Behörde sei jeder Tag der 12. September. Wenn man den Schrecken, die Verwirrung und die Emotionalisierung des *Tags danach* abzieht, könnte dies ein Motto sein für alle, die für die innere Sicherheit Verantwortung tragen, denn auch unsere Sicherheitspolitik steht bis heute im Schatten des 11. September 2001. Verantwortliche Sicherheitspolitik bedeutet aber auch, nie wieder einen Tag *zu spät* einer Gefahr zu begegnen.

In der öffentlichen Diskussion herrscht mitunter eine Tendenz vor, gegen den Terror zielende Präventionsmaßnahmen als versuchten Angriff auf die eigene Freiheit zu interpretieren und darzustellen. Fordert der Innenminister die Befugnis für das BKA, bei Terrorverdächtigen den Inhalt von Computerfestplatten durchsuchen zu dürfen, ohne den Computer wie bisher vorher von der Polizei physisch beschlagnahmen lassen zu müssen und damit die Täter frühzeitig zu warnen, so denkt jeder Festplattenbesitzer und E-Mail-Schreiber zunächst an sein eigenes kleines Geheimnis – auch wenn rechtlich ausdrücklich ausgeschlossen ist, dass er jemals in den Anwendungsbereich dieses Fahndungsmittels geraten könnte. Dass der »Bundestrojaner« ein höchst aufwändiges, in jedem einzelnen Fall neu zu entwickelndes Verfahren ist, in höchstens einem Dutzend Fällen zur Anwendung kommen dürfte und in keiner Weise zur Massenüberwachung gedacht ist, erlaubt werden soll oder auch nur geeignet ist, steht in der veröffentlichten Meinung nicht gerade im Vordergrund. Zum Teil wird gar im Stil klassischer Verschwörungstheorien unterstellt, Bedrohungslagen wären nur *vorgeschobene* Gründe, um einen geheimen Masterplan zur Beschränkung der Freiheit als Selbstzweck zu befördern. Haben solche Debatten irgendeinen Bezug zur Realität? Nein.

In einem Staat, der Sicherheit auf Kosten der Freiheit garantieren würde, möchte keiner von uns leben. Er wäre nicht mehr unser Staat. Der ehemalige Vorsitzende der spanischen Sozialisten und spätere Ministerpräsident Felipe Gonzalez hat Anfang der achtziger Jahre

einmal gesagt, er ziehe es vor, öfter in der New Yorker U-Bahn überfallen zu werden, als in Ruhe und Sicherheit in Moskau zu leben – ein Vergleich, der die prekäre Sicherheitslage im New York *vor »Zero Tolerance«* und die Friedhofsruhe im Moskau der späten Ära Breschnew im Blick hatte. Die Botschaft ist klar: Ohne Freiheit hat man von aller Sicherheit nichts. Zu oft haben wir auch in Deutschland unter Regimen gelebt, in denen die Sicherheit alles war und die Freiheit nichts. Oft stellte sich hinterher heraus, dass es auch mit der angeblichen Sicherheit in solchen Systemen tatsächlich nicht so weit her war, wie behauptet: sei es, weil in Abwesenheit der (Presse-)Freiheit ein realistisches Bild der Sicherheitslage nicht gewonnen und Unliebsames vertuscht werden kann, sei es, dass im Polizeistaat die Sicherheit der Bürger primär durch staatlich gedeckten Terror bedroht ist. Wer Sicherheit ohne Rücksicht auf die Freiheitsrechte herstellen will, macht sich auf den Weg in die Unfreiheit.

In allen Staaten der freien Welt tobt seit dem 11. September 2001 eine heftige Debatte um das rechte Maß in der Reaktion des Rechtsstaates auf die Herausforderung durch den internationalen Terrorismus, um die richtige Balance von Sicherheit und Freiheit. Wo endet die notwendige Vorsicht und wo beginnt die Hysterie? Aber auch: Wo endet ein freier Lebensstil und wo beginnt die Fahrlässigkeit im Umgang mit der Bedrohung? Und wo beginnt die Hysterie in der Wahrnehmung staatlicher Abwehrmaßnahmen? Was darf der Rechtsstaat und was nicht – und was darf er nicht lassen, um seiner eigenen und der Existenz seiner Bürger willen? Berechtigte Fragen, denen sich jede verantwortungsvolle Sicherheitspolitik stellen muss.

Sicherheit und Freiheit sind keine Gegensätze, sondern bedingen sich gegenseitig.¹ Wer Freiheit und Sicherheit gegeneinander ausspielen will, wird am Ende beides verlieren. Sicherheit ist Voraussetzung der Freiheit. Unsicherheit und Angst dagegen sind die Feinde der Freiheit. Es gibt keine Freiheit ohne Sicherheit: Nur wer ohne Angst um sich, seine Familie, seine Mitmenschen, sein Eigentum und Lebensumfeld leben kann, kann Freiheit realisieren. Ein Leben in Angst

¹ Vgl. Josef Isensee, »Der Verfassungsstaat als Friedensgarant«, in: *Die Politische Meinung* H. 414 (2004) S. 67.

ist kein Leben in Freiheit. Ein Freiheitsverständnis, das sich über die Sicherheitsbedürfnisse der Menschen hinwegsetzt, läuft Gefahr, sich am Ende selbst zu beseitigen. Denn es wird entweder Opfer der Bedrohung, oder von den Menschen verabschiedet, die nicht ohne die Garantie ihrer elementaren Sicherheitsbedürfnisse leben wollen. Sicherheit ist kein nachrangiger Aspekt, denn sie sichert in der freien Gesellschaft gerade die Freiheit. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts: »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.«

Wer Freiheit und Sicherheit nur als Gegensatz denken kann, ist den überholten Fronten des 19. Jahrhunderts verhaftet. Es träfe den Falschen, wenn wir ausgerechnet dem Staat des Grundgesetzes in der gleichen Abwehrhaltung begegnen wollten wie dem Obrigkeits- oder Polizeistaat vergangener Zeiten. Seit längerem ist erkannt, dass Freiheit und Rechtsstaat in unserer Zeit nicht in erster Linie vom Staat, sondern von ganz anderen Mächten bedroht sind.¹ Neben die einstmals ausschließlich staatsgerichtete Freiheitssicherung ist längst der Aspekt des Schutzes vor privater Freiheitsbedrohung und der Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht getreten. Und es sind gerade die Schwachen, die auf den Schutz des Staates angewiesen sind – die Starken einer Gesellschaft konnten sich notfalls noch immer Sicherheit privat organisieren und hinter hohen Mauern und dicker Panzerung garantieren. Der auf der Grundlage der freiheitlichen Verfassung konstituierte demokratische Staat tritt seinen Bürgern darum nicht primär als Bedrohung, sondern als Garant ihrer Freiheit und Sicherheit entgegen. Grundrechtsdogmatisch schlägt sich dies in der Erkenntnis nieder, dass Grundrechte nicht nur staatsgerichtete Abwehrrechte sind, sondern dass ihnen staatliche Schutz-

¹ Vgl. Hans-Detlef Horn, »Sicherheit und Freiheit durch vorbeugende Verbrechensbekämpfung – Der Rechtsstaat auf der Suche nach dem rechten Maß«, in: ders. (Hg.), *Recht im Pluralismus. Festschrift für Walter Schmitt Glaeser zum 70. Geburtstag*, Berlin 2003, S. 435 ff. m. weit. Nachw.

pfllichten korrespondieren. In der Gesamtschau wird daraus geradezu ein »Grundrecht auf Sicherheit« abgeleitet.¹ Die modernen Grundrechtsverbürgungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Grundrechtscharta der Europäischen Union schützen heute das »Recht auf Freiheit und Sicherheit« (Art. 5 Abs. 1 EMRK, Art. 6 GR-Charta).

Zu selten bewegt sich unsere öffentliche Debatte auf der Höhe dieser Erkenntnis. Mitunter werden argumentative und publizistische Schlachten geschlagen, als gelte es, den alten Obrigkeitsstaat, den Faschismus und die kommunistische Diktatur zugleich nachträglich und vorsorglich zu besiegen. In wiederkehrenden Wellen der Hysterisierung werden in diesem Land vergleichsweise begrenzte zusätzliche Ermittlungswerkzeuge für die Sicherheitsbehörden in einer Weise diskutiert, als stünde die Beseitigung von Demokratie und Rechtsstaat zur Debatte. Und überraschenderweise hilft selbst die wiederholte Erfahrung, dass wüste Befürchtungen gerade nicht eingetreten sind, nicht dagegen, dass in der nächsten Diskussionsrunde wieder falscher Alarm geschlagen wird: Ist unser Land etwa mit den sogenannten »Notstandsgesetzen« in die Diktatur abgeglitten, wie damals von manchen an die Wand gemalt wurde? Die Verfassungsbestimmungen für den Notstandsfall sind seit nunmehr fast vier Jahrzehnten Bestandteil unseres Grundgesetzes – und wir haben eine der freiheitlichsten Epochen der deutschen Geschichte erlebt. Trotzdem glaubt fast eine ganze Alterskohorte selbst rückblickend noch, damals habe die Demokratie verteidigt werden müssen. Wer warnt heute die Jungen, dass nicht jede Verdächtigung schon stimmt, nur weil sie gegen den Staat erhoben wird? Was zwingt uns eigentlich, Freiheits- und Sicherheitsfragen in diesem Land immer wieder in Zerrbildern der Realität zu diskutieren?

Die letzte große innenpolitische Meinungsschlacht tobte während der neunziger Jahre um den sogenannten »Großen Lauschangriff« – man lasse sich allein den Alarmismus dieser Wortprägung für die akustische Wohnraumüberwachung von Personen, die besonders schwerer

¹ Vgl. Josef Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin 1983.

Straftaten verdächtig sind, auf der Zunge zergehen: Wer ist in dem Sprachbild vom »Lauschangriff« das Opfer, wer der Angreifer? Opfer ist semantisch nicht etwa das Opfer der Straftat, sondern der Tatverdächtige, Angreifer nicht der Täter, sondern die Strafverfolgungsbehörden, die ihn überführen oder seine Tat verhindern wollen. Ein Jahrzehnt lang haben wir in verfälschenden Begriffen über ein Instrument diskutiert, das dazu dient, dass Straftäter nicht allein durch das Wechseln der Räume den ansonsten zulässigen Strafverfolgungsmaßnahmen entgehen und ungestört neue Taten vorbereiten können. Im aufgeheizten Meinungsklima der neunziger Jahre hat das Gesetz, das von der damaligen CDU/CSU-FDP-Koalition *gemeinsam* mit der SPD eingebracht wurde¹, zum Rücktritt einer Bundesjustizministerin geführt, die dadurch den Rechtsstaat bedroht sah.

Mittlerweile ist es vor dem Bundesverfassungsgericht geprüft und – mit Einzelkorrekturen – bestätigt worden² und selbstverständlicher Teil unserer Sicherheitsarchitektur. Jährlich fanden nach einer Untersuchung des Freiburger Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht zwischen 1998 und 2001 in ganz Deutschland, einem Land mit immerhin 82 Millionen Einwohnern, durchschnittlich 30 (in Worten: dreißig!) Maßnahmen dieser Art statt, 2005 waren es noch *sechs*, 2006 nur noch *zwei*. Soviel zur Verschiebung der Balance von Freiheit und Sicherheit. Die Tatsachen haben alle schrillen Warnungen vor einer Ausforschung *der* Bürger glatt widerlegt. Eigentlich ist das keine Überraschung. Aber welcher Verdacht und welcher abgründige Misstrauen gegenüber den Polizisten und Staatsanwälten dieses Rechtsstaates steckt eigentlich dahinter, zu denken, derartige Mittel würden nicht zur Verbrechensbekämpfung, sondern – gegen alle gesetzlichen Vorgaben – zur massenhaften Ausforschung der eigenen Bürger eingesetzt? Rückblickend müssten die früheren Kritiker ehrlicher zugeben, dass alle Unterstellungen über den Effekt dieses Instruments falsch und ohne Kontakt zur Realität waren. Aber davon ist nichts zu hören; stattdessen sucht sich die Kritik neue Objekte.

¹ BT-Drs. 13/8650 und 13/8651 v. 1. Oktober 1997.

² BVerfGE 109, 279 v. 3. März 2004 (1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99).

Eine der aktuellen Fronten der Auseinandersetzung betrifft die von der Bundesjustizministerin für die Bundesregierung im Sommer 2007 vorgelegte umfassende Neuregelung der Bestimmungen zur Telekommunikationsüberwachung.¹ Dieses gerade aus rechtsstaatlicher Sicht höchst verdienstvolle Werk einer zusammenhängenden und systematischen Neuregelung des Rechts der verdeckten strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen auf der Grundlage der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und wissenschaftlicher Expertise ist zum Teil vehementer Kritik ausgesetzt. Kann es verhältnismäßig sein, so wird gefragt, Millionen von Verbindungsdaten von unverdächtigen Telekommunikationskunden ohne jeden Tatverdacht auf Vorrat zu speichern? Wird damit nicht jeder Bürger wie ein Straftäter behandelt? Die Antwort ist nein.

Abgesehen davon, dass der deutsche Gesetzgeber damit eine bestehende europarechtliche Umsetzungspflicht aus der EU-Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung erfüllt², ist die Regelung rechtsstaatlich auch gerechtfertigt und von der Sache her notwendig. Denn zunächst einmal geht es nur um *Verbindungsdaten*, nicht um Inhalte. Es werden also nicht etwa Gespräche Unverdächtigter aufgezeichnet, sondern bloß die Tatsache einer Verbindung festgehalten. Ein Gutteil der Aufregung über die Vorratsdatenspeicherung wäre verflogen, wenn sich nur die Tatsache allgemein herumsprechen würde, dass gerade *nicht* Gespräche, E-Mail-Verkehr oder der Inhalt einer Internetrecherche gespeichert werden, sondern allein die *äußere* Tatsache der Verbindung zwischen zwei Punkten gespeichert wird. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Daten darum im Ergebnis auch *nicht* dem Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses nach Art. 10 GG zugeordnet.³

Mit der Rechtspflicht für Telekommunikationsdiensteanbieter, alle bei ihnen anfallenden Verbindungsdaten ein halbes Jahr lang auf Vorrat aufzuheben, reagiert das Gesetz auf zwei neue Entwicklungen: zum einen auf die Tatsache, dass Verbindungsdaten auf dem privatisierten Kommunikationsmarkt nicht mehr wie in früheren Zeiten bei

¹ BT-Drs. 16/5846 v. 27. Juli 2007.

² Richtlinie 2006/24/EG v. 15. März 2006.

³ BVerfGE v. 2. März 2006 (2 BvR 2099/94) und v. 22. August 2006 (2 BvR 1345/03).

der Behörde Post anfallen, wo sie gespeichert und von den Ermittlungsbehörden bequem abgerufen werden können; zum anderen auf die Tatsache, dass es für Telekommunikationsdiensteanbieter in Zeiten von Flatrates keine technische Notwendigkeit mehr gibt, solche Daten wie früher zur Abrechnung überhaupt zu speichern. Mit der Neuregelung wird sichergestellt, dass trotz der – von verdeckt kommunizierenden Kriminellen natürlich gerade deswegen bevorzugten – Flatrates die Sicherheitsbehörden mit einem Auskunftsanspruch nicht plötzlich ins Leere laufen. Wenn man nach wenigen Tagen bereits nicht mehr feststellen könnte, mit wem der Täter eines Anschlags kurz zuvor in Kontakt stand, wären kostbare Ansatzpunkte zur Verhinderung künftiger Anschläge verloren. An der bestehenden Balance von Sicherheit und Freiheit wird hier also nichts verändert. Der Rechtsstaat weitet seine Ermittlungsmöglichkeiten genau genommen nicht aus, sondern er versucht, seine Ermittlungsinstrumente angesichts neuer Techniken nicht *einzubüßen* und im Kampf mit dem Verbrechen auf Augenhöhe zu bleiben.

Das Gleiche gilt bei genauerem Hinsehen auch für die in den letzten Monaten so heftig umstrittene sogenannte »Online-Durchsuchung«. Auch hier geht es darum, dass vitale Ermittlungsmöglichkeiten durch neue technische Entwicklungen zu einem stumpfen Schwert des Rechtsstaats zu werden drohen. In diesem Fall sind es moderne Kryptierungsverfahren, die auf legalem Weg jeden E-Mail-Verkehr und Internettelefonie (*Voice over IP*) selbst für hochmodern ausgerüstete Strafverfolgungsbehörden unsichtbar machen. Wenn man bedenkt, dass das Internet heute die zentrale Kommunikationsplattform des internationalen Terrorismus ist, muss es schon nachdenklich stimmen, wenn selbst bekannte »Gefährder« sich durch Anwendung einer legalen Verschlüsselungssoftware wie Skype der bisher möglichen Überwachung jederzeit entziehen können und unsere Sicherheitsbehörden damit »blind und taub« werden. Die einzige Möglichkeit, den Inhalt von Internetkommunikation, die der Verbrechensvorbereitung oder -durchführung dient, noch zur Kenntnis nehmen zu können, wird nach Ansicht von Experten künftig die »Online-Durchsuchung« sein. Sonst kippt die Balance von Sicherheit

und Freiheit zu Ungunsten unserer Sicherheit *und* Freiheit, und es schlägt die Stunde der Feinde der Freiheit.

Die Vorschläge des Bundesinnenministers zur verdeckten »Online-Durchsuchung« bei Terrorverdächtigen sollen hier Abhilfe schaffen. Während in der Vergangenheit nach verbreiteter Ansicht die Durchsuchung von Computerfestplatten auch ohne Beschlagnahme des Computers aufgrund der gegebenen Ermächtigungsgrundlagen (§§ 94ff., 102, 110 StPO) als zulässig angesehen wurde¹, wird seit der insoweit geänderten Rechtsprechung des BGH eine besondere Ermächtigungsgrundlage für die heimliche »Online-Durchsuchung« für erforderlich gehalten.² Der Bundesinnenminister hat deshalb die in der Verantwortung der früheren Bundesregierung *ohne* eine besondere Rechtsgrundlage angeordneten Maßnahmen gestoppt und eine rechtsstaatlich einwandfreie Rechtsgrundlage für das von allen Sicherheitsbehörden für unverzichtbar gehaltene Instrument der verdeckten Durchsuchung von Computerfestplatten vorgeschlagen.

Das neue Instrument der »Online-Durchsuchung« wird dabei im Rahmen einer Ergänzung des BKA-Gesetzes diskutiert, die nötig wurde, weil der Bund in der Föderalismusreform 2006 (mit der neuen Nr. 9a des Artikels 73 Abs. 1 GG) eine neue ausschließliche Bundeskompetenz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt bekommen hat. Hierzu – und nur hierzu – soll in das BKA-Gesetz ein neuer Paragraph 4a eingefügt werden, der dem BKA diese Aufgabe überträgt und ihm *hierzu* die üblichen Polizeibefugnisse einräumt. Nur »zur Erfüllung seiner Aufgaben nach § 4a Abs. 1 S.1« werden diese Befugnisse dem BKA übertragen. Und nur »soweit die Abwehr einer dringenden Gefahr oder die Verhütung von Straftaten gemäß § 4a Abs. 1 S. 2 auf andere Weise aussichtslos ist oder wesentlich erschwert wäre«, soll im geplanten Paragraphen 20k der »heimliche Zugriff auf informationstechnische Systeme« gestattet werden.

Der sogenannte »Bundestrojaner« wird also *nicht* für alle Behör-

¹ Ermittlungsrichter beim BGH, Beschluss vom 21. Februar 2006 (3 BGs 31/06).

² Ermittlungsrichter beim BGH, Beschluss vom 25. November 2006 (1 BGs 184/06); Beschluss des 3. Strafsenats des BGH vom 31. Januar 2007 (StB 18/06).

den, für alle Straftaten oder gar zur Überwachung aller Bürger erlaubt, sondern nur dem BKA, nur in *Fällen des internationalen Terrorismus*, nur zur Abwehr *dringender* Gefahren und nur gegen Leute, die in den internationalen Terrorismus verstrickt sind. In den Reaktionen Einzelner und in der öffentlichen Diskussion könnte man dagegen den Eindruck gewinnen, die Polizei sollte künftig nach Gusto Computer heimlich durchsuchen und E-Mails unbescholtener Bürger mitlesen dürfen. Abgesehen davon, dass einerseits schon heute tausendfach Computer von ganz und gar nicht rechtsstaatlichen Privaten und ausländischen Stellen durchforstet werden und andererseits E-Mail-Kommunikation und Internettelefonie schon heute wie Festnetz- und Mobil-Telefonate abgehört werden dürfen, steht vor allem die Zahl derjenigen, gegen die die Maßnahme überhaupt angeordnet werden darf, weil sie einer Verstrickung in den internationalen Terrorismus verdächtig sind, in einem geradezu homöopathischen Verhältnis zu der Zahl der um ihre Privatheit besorgten Bürger. Was aber bringt Tausende friedlicher Bürger dazu, für die Chancen von Terroristen zu streiten, vom Staat unerkannt Anschläge vorbereiten zu können?

Zu berücksichtigen ist auch, dass es bei den aktuellen Vorschlägen des Bundesinnenministers um die Abwehr *konkret drohender Terroranschläge* durch das BKA geht und nicht um Lagebilder des Verfassungsschutzes wie bei dem gleichzeitig in Karlsruhe auf dem Prüfstand stehenden Landesgesetz aus Nordrhein-Westfalen. Eine hohe Gefahrenschwelle, ein eng begrenzter Katalog von Anlasstaten, die richterliche Anordnung und Überprüfung sowie Benachrichtigungs- und Löschungspflichten zugunsten des Betroffenen sollen das Instrument auf dem Stand der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts rechtsstaatlich eingrenzen. Genau dies fordert nun auch das sogenannte Online-Urteil zum Verfassungsschutzgesetz NRW¹, auch wenn diese Anforderungen neuerdings auf ein besonderes Grundrecht auf »Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme« als neu entdeckte Dimension des

allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) gestützt werden.

Nach Auskunft von Sicherheitsfachleuten ist außerdem der Einsatz des »Bundestrojaners« technisch so aufwändig, dass die jährlichen Fallzahlen höchstwahrscheinlich an zehn Fingern abzuzählen sein werden. Für den massenhaften Einsatz und die Ausspähung privater PCs ist der in jedem Fall neu zu entwickelnde »Bundestrojaner« jedenfalls nicht nur *nicht bestimmt*, sondern auch technisch *ungeeignet*.

An dieser Stelle nun ist oft ein anderes Argument zu hören: Warum denn, so wird gefragt, gesetzliche Regelungen schaffen, die ohnehin nur in einer Handvoll Fällen relevant werden? Lohnt der politische Aufwand für eine Maßnahme, die vielleicht nur zweimal im Jahr gebraucht wird? Ja, er lohnt. Ginge es darum, Musikkdiebe zu überführen, die Antwort wäre nein. Aber hier geht es um eine andere Dimension der Gefahr: Wenn ein Atomkraftwerk oder eine Chemiefabrik, eine Ostseefähre oder ein Flughafenterminal, eine deutsche Innenstadt oder ein voll besetztes Fußballstadion Ziel eines Terroranschlags wird, kann ein einziger Fall den Unterschied machen zwischen Glück und Unglück einer Nation und vieler – wie man so sagt: »unschuldiger« – Menschen. Das lohnt eine schwierige politische Diskussion, auch im Vergleich zu dem, worüber sonst gestritten wird. Ist es doch das Charakteristische von asymmetrischen Bedrohungen, dass der Angegriffene verloren hat, wenn auch nur ein *einziger* Angriff sein Ziel erreichen würde, mögen zuvor noch so viele Gefährdungen glücklich abgewendet worden sein.

Die Diskussion lohnt vor allem auch aus rechtsstaatlicher Sicht. Wie bei dem anderen großen Thema unserer innen- und sicherheitspolitischen Debatte, der Regelung des sogenannten »Air-Policing« und damit des Einsatzes der Bundeswehr im Innern über die bislang bereits im Grundgesetz vorgesehenen Fälle hinaus, treffen hier zwei grundsätzlich verschiedene Auffassungen über rechtsstaatliche Verfassungspolitik aufeinander: Ist es rechtsstaatlicher, den Rechtsstaat auf die neuen Herausforderungen einzustellen und den Forderungen des Tages in den Bahnen des Rechtsstaats gerecht zu werden? Oder ist

¹ BVerfGE v. 27. Februar 2008 (1 BvR 370/07; 1 BvR 595/07).

es rechtsstaatlicher, die Gesetze äußerlich unverändert zu lassen und stattdessen auf den Konsens aller Beteiligten zu vertrauen, im Notfall als der »Stunde der Exekutive« – gewissermaßen nach der (sprichwörtlichen, nicht etwa verfassungsrechtlichen!) Maxime »Not kennt kein Gebot« – auch jenseits der Grenzen des Rechts zu handeln?

So wie bei der »Online-Durchsuchung« diejenigen, die dieses Instrument *ohne* gesetzliche Grundlage aufgrund einer Dienstanweisung des früheren Innenministers *praktiziert* haben, heute Entwürfe für die vom BGH geforderte *gesetzliche Regelung* als Infragestellung des Rechtsstaats kritisieren, so werden diejenigen, die eine verfassungsrechtlich einwandfreie Grundlage für den Einsatz der Bundeswehr bei der Terrorbekämpfung schaffen wollen¹, von denen, die im Notstandsfall den Verfassungsstaat Verfassungsstaat sein lassen und – wie 1962 Helmut Schmidt – auch jenseits der verfassungsrechtlichen Kompetenzen handeln wollen, der Gefährdung des Verfassungsstaates gezogen. Die äußerste Zuspitzung erfuhr diese paradoxe Diskussionslage in der Einlassung des für das Verfahren zum Luftsicherheitsgesetz zuständigen Bundesverfassungsrichters Hömig, der im Januar 2007 auf einer Tagung verriet, »er habe darauf gehofft, dass es im Letzten ein verantwortlicher Amtsträger auf sich nehmen würde, das Notwendige zu vollziehen und als Person die Last eines Rechtsverstößes auf sich zu laden«.²

Wie kann man es für rechtsstaatlicher halten, den Bruch des Rechts durch Amtsträger einzuplanen, als die Rechtsordnung und die Amtsträger in den Grenzen der Verfassung auch für Extremsituationen handlungsfähig zu machen? Und welche Veränderung unserer Verfassungskultur bedeutet es eigentlich, wenn ausgerechnet der Hüter der Verfassung durchblicken lässt, er erhoffe in bestimmten Situationen von den an Recht und Verfassung gebundenen Amtsträgern den Bruch des Rechts? Welchen Typ Soldat und Polizist bilden wir uns heran, wenn wir ihm signalisieren, es werde von ihm insgeheim er-

wartet, in bestimmten Situationen auch jenseits des Gesetzes unter Bruch seiner Dienstpflichten und seine Verpflichtung auf Recht und Gesetz im Dienst zu handeln und gegebenenfalls sogar Menschen zu töten oder auf die gesetzwidrige Tötung von Menschen hinauslaufende, also offensichtlich rechtswidrige Befehle zu befolgen? Wer garantiert uns, dass diese neue, geheime Facette des Dienstethos unserer Sicherheitsorgane nur in Situationen zum Einsatz käme, an die auch wir gedacht haben, als wir es uns bewusst ersparten, diese Fälle im Gesetz zu regeln? Für die Soldaten und Polizisten des demokratischen Rechtsstaats Bundesrepublik Deutschland war die bewusste Missachtung des Rechts bislang undenkbar. Zu Recht wehren sie sich gegen ein solches Ansinnen. Verantwortliche Sicherheitspolitik darf fundamentale Wertentscheidungen nicht auf die private Gewissensentscheidung des individuellen Amtsträgers abschieben.

Dem wehrhaften Rechtsstaat, der im Kampf gegen den Terrorismus alle rechtsstaatlichen Mittel aktiviert, wird in der Diskussion heute oft der Vorwurf entgegengehalten, er begeben sich auf den Weg in den Präventionsstaat. Nun ist eine prägnante Formulierung allein noch kein richtiger Gedanke. Gerade die Rede vom Präventionsstaat lebt stark von der Suggestionskraft ihrer Begriffsbildung. Indem sie einen Aspekt moderner Staatlichkeit substantiviert, erzeugt sie – wie ähnliche Begriffsbildungen – auf rein semantische Weise im politischen Diskurs den Eindruck, dies sei das dominierende Attribut des Staates geworden, ohne hierfür in der Sache den Beweis zu führen. Es handelt sich also um einen politischen Kampfbegriff – wer vom Präventionsstaat spricht, tut dies in der Regel, um bestimmte rechtsstaatliche Präventionsanstrengungen zu delegitimieren.

Oft ist diese Argumentation auch durch eine eigentümliche Formalisierung gekennzeichnet. So wurde etwa in der Diskussion um das (von Rot-Grün eingebrachte und von der Union mitgetragene) Terrorismusbekämpfungsgesetz 2001 gefragt, ob die stärkere Vernetzung unserer Sicherheitsbehörden einen mit dem NS-System vergleichbaren Sicherheitsverbund schaffe.¹ Welche Verwirrung des Denkens!

¹ Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion (Änderung Art. 35, 87a GG) vom 9. März 2004 (BT-Drs. 15/2649).

² Zit. bei Daniel Hildebrand, »Unantastbar? Eine Anfrage«, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 5. Januar 2007, S. 34.

¹ Vgl. Eberhard Denninger, »Freiheit durch Sicherheit? Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgesetz«, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* 52 (2002), S. 22 ff.

Nicht die Effektivität oder die Vernetzung waren doch das Diabolische am NS-Staat, sondern die *Inhalte*, die in den Formen des Staates durchgesetzt wurden. Ob Unrecht in die Formen des Rechts gegossen wird, ist doch das Entscheidende, nicht ob effektive Formen der Durchsetzung zur Verfügung stehen. Mittel wie die Rasterfahndung oder die »Online-Durchsuchung« möchte man natürlich nicht in den Händen einer Diktatur sehen. Wie naiv ist es aber zu glauben, man könnte Vorsorge gegen eine Diktatur schaffen, indem man dem Rechtsstaat vorsorglich die Mittel zu seiner Verteidigung verwehrt? Nicht in erster Linie durch die *Form* unterscheidet sich der Rechtsstaat von der Diktatur, sondern vor allem durch den *Inhalt* seiner Gesetze. Sonst endet man in wertblindem Formalismus, der in der Fixierung auf Formen und Strukturen die entscheidende Wertungsfrage übergeht, dass nämlich damals der Staatsapparat zur Durchsetzung des Unrechts eingesetzt wurde und heute zur Selbstbehauptung des Rechts.

Die angebliche Alternative von Rechtsstaat und Präventionsstaat ist darum in Wirklichkeit keine. Die Begriffe liegen auf verschiedenen Ebenen und schließen sich nicht aus. Ein Staat, der die Sicherheit seiner Bürger und Institutionen ernst nimmt und effektiv schützt, kann dies durchaus als Rechtsstaat tun. Ein Staat, der dies *nicht* tut oder dies nicht *schafft*, verspielt oder verliert seine fundamentale Legitimation und wird am Ende zum *failed state*. Wo ein Staat seiner Präventionsaufgabe nicht gerecht wird, ist bald von »Staatsversagen« die Rede. Kein Staat kann es sich leisten, die fundamentalste Staatsaufgabe, die Sicherheit seiner Bürger zu schützen, nicht zu erfüllen. Auch der Rechtsstaat ist ohne die grundlegende Kulturleistung der Staatlichkeit nicht denkbar. Der freiheitliche Rechtsstaat muss darum *auch* Präventionsstaat sein. Ein Staat, der vor der Präventionsaufgabe versagte, nähme auch an seiner Rechtsstaatlichkeit Schaden.