

# Matthias Kötter

## Das Sicherheitsrecht der Zivilgesellschaft

### Ein Plädoyer für Transparenz in Zeiten gesellschaftlicher Unsicherheit<sup>\*</sup>

*»Denn ohne Sicherheit ist keine Freiheit«. Diesem Satz Wilhelm von Humboldts aus dem Jahre 1792<sup>1</sup> wird in den sicherheitsrechtlichen Debatten unserer Tage viel Bedeutung zugemessen. Sicherheit und Freiheit werden als gegenseitige Bedingungen, aber auch als Gegensätze verstanden. Der vorliegende Beitrag wirft verfassungsrechtliche und rechtstheoretische Fragen im Zusammenhang mit der Beschreibung der beiden Begriffe in der Debatte um die Sicherheit von Staat und Gesellschaft auf. Sein Schwerpunkt liegt auf der Untersuchung des Hintergrundes einer Renaissance des starken Staates in Zeiten gesellschaftlicher Unsicherheit. Der Beitrag bietet schließlich den Begriff der Transparenz als Leitbegriff für ein Sicherheitsrecht der Zivilgesellschaft an.*

#### I.

Die Debatte über gesellschaftliche (Un-)Sicherheit und die staatliche Pflicht zur Sicherheitsgewährleistung erlebte im vergangenen Jahr einen neuerlichen Höhepunkt. Sie offenbart eine Rückkopplungslogik zwischen gesellschaftlich wahrgenommener Bedrohung und der Aktivierung staatlicher Institutionen.

Das Zusammenspiel gesellschaftlicher Bedrohungswahrnehmung und des Sicherheitsrechts folgt einer Logik der Rückkopplung. Die innerhalb der Gesellschaft vermittelte Angst vor kriminellen Übergriffen findet über die Massenmedien und die Politik ihren Weg zu den zuständigen staatlichen Sicherheitsorganen, den Parlamenten, Regierungsstellen und Polizeibehörden. Die Parlamente kommen ihrem Gesetzgebungsaufrag nach, indem sie Sicherheitsgesetze schaffen, die die Bekämpfung der Bedrohung bezwecken. Adressiert wird der Bereich des Sicherheitsrechts, der sich als Zusammenspiel aus Strafrecht, Strafprozessrecht und Gefahrenabwehrrecht zu einem eigenen Rechtsgebiet ausdifferenziert hat.<sup>2</sup> Als Sicherheitsrecht im weiteren Sinne gelten daneben das besondere Ordnungsrecht, das Verfassungsschutzrecht und das Recht der Nachrichtendienste, deren gemeinsames Ziel die Wahrung innerer Sicherheit, und d. h. der Rechts- und der Rechtsgütersicherheit ist. In den vergangenen Jahren wurde eine ganze Reihe von Gesetzgebungsvorhaben verabschiedet, die sich als Folge gesellschaftlicher Bedrohungswahrnehmung darstellten.

\* Der Beitrag wurde beim Studierendenwettbewerb des Bundesministeriums des Inneren »Denn ohne Sicherheit ist keine Freiheit« (W. v. Humboldt) – Freiheitliche Demokratie zwischen Bürgerrecht und Bürgerschutz« mit einem zweiten Preis in der Kategorie »Wissenschaftlicher Text« ausgezeichnet.

1 W. v. Humboldt, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen (1792), Reclam Stuttgart 1967, S. 58.

2 Vgl. dazu C. Gusy, Vom Polizeirecht zum Sicherheitsrecht, in: Staatswissenschaft und Staatspraxis 1994, S. 187 ff.; und bereits H.-P. Bull/H. Bäumler (Hrsg.), Sicherheit durch Gesetze?, Baden-Baden 1987.

Insbesondere die Angst vor kriminellen Banden und vor Sexualstraftätern hat eine Reihe von neuen Gesetzen hervorgebracht.

Bereits in der Hochphase des linksextremistischen Terrorismus in Deutschland in den Jahren vor 1977 wurde die Bedrohung von Staat und Gesellschaft mit umfangreichen Anti-Terrorismus-Gesetzen beantwortet. Die Errichtung des Bundeskriminalamtes als Bundespolizeibehörde im Jahr 1973 fällt in diese Zeit.<sup>3</sup> Es wurden neue Straftatbestände wie § 129a StGB zur Bekämpfung der terroristischen Gefahr geschaffen und Neuregelungen des Strafverfahrensrechts verabschiedet, um die Verurteilung der Angeklagten effizienter zu gewährleisten.<sup>4</sup>

Nach Öffnung der europäischen Ostgrenzen Ende der 80er Jahre wurde das Phänomen Organisierte Kriminalität als Sicherheitsbedrohung in Deutschland erkannt und in Gesellschaft, Politik und Rechtswissenschaft ausführlich diskutiert.<sup>5</sup> Der Gesetzgeber reagierte auf die breite Debatte und die in ihr artikulierte gesellschaftliche Angst mit einer ganzen Reihe von Gesetzespaketen. Im Jahre 1992 wurde das *Gesetz zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität (OrgKG)*<sup>6</sup> verabschiedet. Es umfasste eine Reihe von neuen Ermittlungsmaßnahmen wie den Einsatz verdeckter Ermittler, die polizeiliche Befragung und die Rasterfahndung und führte ua. die Geldwäsche als strafbare Handlung in § 261 StGB ein. Bereits 1994 folgte das *Verbrechensbekämpfungsgesetz*,<sup>7</sup> mit dem u. a. die Befugnisse der Geheimdienste erweitert wurden. Nach einer jahrelangen Diskussion wurde 1998 das *Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität (VerbBekOrgKG)*<sup>8</sup> verabschiedet, in dessen Zentrum die Maßnahmen zur technischen Raumüberwachung (sog. großer Lauschangriff) standen. Zu diesem Zweck wurde das Grundgesetz in Art. 13, der die Unverletzlichkeit der Wohnung gewährleistet, geändert. Flankiert wurden die Gesetze des Bundes durch Änderungen von Landesgesetzen im Bereich der Gefahrenabwehr, z. B. dem präventiven Lauschangriff, oder zuletzt der Videoüberwachung. Ende des Jahres 2001 verabschiedete der Bundestag als Reaktion auf die terroristischen Anschläge in den USA und der daraus gefolgerten terroristischen Bedrohung in der Bundesrepublik zwei sog. Sicherheitspakete zur Terrorismusbekämpfung.<sup>9</sup> Neuerungen gab es insbesondere im Bereich der Kooperation zwischen Geheimdiensten und Ermittlungsbehörden, bei der Überwachung des Telefon- und Bankverkehrs, bei der Flugsicherung und bei der Kontrolle von Personal an sicherheitsrelevanter Stelle.

Die Logik der Rückkopplung ist auch im Bereich der Verfolgung und Bestrafung schwerer Sexualstraftaten zu beobachten. Sexuell motivierte Morde, besonders an Kindern, bestimmen in regelmäßigen Abständen die gesellschaftliche Debatte. Gefüttert wird eine Auseinandersetzung mit solchen Taten vor allem von Seiten der Boulevardpresse. Der Schwerpunkt der Debatte liegt auf der Frage nach dem ange-

<sup>3</sup> Gesetz über die Einrichtung eines Bundeskriminalpolizeiamtes v. 29. 6. 1973 BGBl. I, 704, und das Änderungsgesetz v. 19. 12. 1974, BGBl. I 3393.

<sup>4</sup> Gesetz zur Ergänzung des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts v. 20. 12. 1974, BGBl. I, 3686 (u. a. § 231a StPO, sog. Hungerstreik-Gesetz); Gesetz zur Änderung des StGB, der StPO, des GVG u. a. v. 18. 8. 1976, BGBl. I, 1281 (Anti-Terrorismus-Gesetz u. a. § 129a StGB); Kontaktsperrgesetz v. 30. 9. 1977, BGBl. I, 1877. Vgl. zu diesem Komplex H. -J. Rudolphi, Die Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus, in: JA 1979, S. 1 ff.; A. v. Winterfeld, Terrorismus – »Reform« ohne Ende?, in: ZRP 1977, S. 265 ff.

<sup>5</sup> Vgl. die frühe Veröffentlichung von H. -D. Schwind (Hrsg.), Organisierte Kriminalität, Heidelberg 1987; und unlängst J. Wessel, Organisierte Kriminalität und soziale Kontrolle. Auswirkungen in der BRD, Wiesbaden 2001.

<sup>6</sup> Gesetz v. 15. 7. 1992, BGBl. I, 1302.

<sup>7</sup> Gesetz v. 28. 10. 1994, BGBl. I, 3186.

<sup>8</sup> Gesetz v. 4. 5. 1998, BGBl. I, 854.

<sup>9</sup> Gesetz zur Finanzierung der Terrorbekämpfung v. 10. 12. 2001, BGBl. I, 3436; Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz) v. 9. 1. 2002, BGBl. I, 361.

messenen Umgang mit Sexualverbrechern, die insbesondere wegen der hohen Rückfallraten als besondere gesellschaftliche Bedrohung empfunden werden. Im Jahr 1997 verabschiedete der Gesetzgeber das Gesetz zur Regelung des Einsatzes und der Durchführung der DNA-Analyse,<sup>10</sup> den sog. »genetischen Fingerabdruck«. Etwa ein Jahr später wurden mit dem *Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten* und dem *6. Strafrechtsreformgesetz*<sup>11</sup> durch Änderungen im strafrechtlichen Sanktionensystem und im Strafvollzugsrecht den Gerichten neue Möglichkeiten zur Verurteilung und Verwahrung gefährlicher Sexualstraftäter geschaffen. Es wurde ein Instrumentarium vorgesehen, wonach Sexualstraftäter härter bestraft und die verschiedenen Stationen des Vollzugs bis hin zur Frage nach dem Entlassungszeitpunkt und einer anschließenden Sicherungsverwahrung besser organisiert werden können. Als weitere Reaktion auf eine Reihe von in der Tagespresse rezipierten Fällen von Sexualmorden an Kindern wurde am 17. 4. 1998 durch Errichtungserlass des Bundesinnenministers die DNA-Identifizierungsdatei auf der Grundlage des BKA-Gesetzes als zentrale Verbunddatei beim BKA errichtet.<sup>12</sup> Durch das *DNA-Identitätsfeststellungsgesetz* erhielt die Datei im gleichen Jahr eine gesetzliche Grundlage.<sup>13</sup> Und erst im Juli des Jahres 2001 stellte der Bundeskanzler in Reaktion auf den Fall *Julia* in einem Interview mit der Bild am Sonntag fest, dass »erwachsene Männer, die sich an kleinen Mädchen vergehen, nicht therapierbar« seien, weshalb es seiner Auffassung nach nur eine Lösung gebe: »Wegschließen – und zwar für immer«.<sup>14</sup> Diese Forderung wurde von Seiten der im Bereich der Therapie und Resozialisierung von Sexualstraftätern tätigen Personen heftig kritisiert. Inzwischen sind hingegen einige Bundesländer tätig geworden und haben die sog. nachträgliche Sicherungsverwahrung zur »Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Straftäter«<sup>15</sup> landesgesetzlich umgesetzt.

Die Rückkopplungslogik ist aber nicht nur im Bereich des Kriminal Sicherheitsrechts zu beobachten. Man findet sie auch im Technik- und Umweltrecht, wo das Problem gesellschaftlicher Unsicherheit aufgrund der Abhängigkeit von schwer beherrschbaren Techniken, die zur Gefahr für Mensch und Umwelt werden können, seit Mitte der 80er Jahre diskutiert wird. Unter dem Stichwort *Risikogesellschaft* sind die Szenarien technischer Bedrohung bei gleichzeitiger Auflösung traditionaler gesellschaftlicher Bindungen seit dieser Zeit in den Sozialwissenschaften erörtert worden.<sup>16</sup> Der Begriff des *Risikos* fand schließlich Eingang in den juristischen Diskurs und entwickelte sich zu einem Leitbegriff im Technik- und Umweltrecht; die gesellschaftliche Debatte führte zur vielfachen Aktivierung des Gesetzgeber.<sup>17</sup> Schließlich fand der Begriff auch Eingang in das Kriminal Sicherheitsrecht.<sup>18</sup>

Die Rückkopplung zwischen der Artikulierung gesellschaftlicher Unsicherheit und

<sup>10</sup> Strafverfahrens-Änderungsgesetz (DNA-Analyse) v. 17. 3. 1997, BGBl. I, 534.

<sup>11</sup> Gesetz v. 26. 1. 1998, BGBl. I, 160 und Gesetz v. 26. 1. 1998, BGBl. I, 164.

<sup>12</sup> N. Geis, Rechtspolitik der CDU/CSU – Rückblick und Ausblick, in: ZRP 1999, S. 90.

<sup>13</sup> Gesetz v. 7. 9. 1998, BGBl. I, 2646; vgl. hierzu P. M. Schneider/C. Rittner, Genprofile von Sexualstraftätern, in: ZRP 1998, S. 64ff.; L. Senge, Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung (DNA-Identitätsfeststellungsgesetz), in: NJW 1999, 253 ff.

<sup>14</sup> BamS v. 21. 7. 2001.

<sup>15</sup> Tätig geworden sind die Länder Baden-Württemberg, Bayern und Sachsen-Anhalt, entsprechende Initiativen gibt es in Hessen und Sachsen. Vgl. Der Spiegel 17 v. 22. 4. 2002, S. 54f.

<sup>16</sup> Paradigmatisch U. Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, München 1986.

<sup>17</sup> Vgl. nur U. di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, Heidelberg 1995; und jüngst A. Bora, Rechtliches Risikomanagement. Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft, Berlin 1999.

<sup>18</sup> Zum juristischen Risiko-Diskurs K. Seelmann, Risikostrafrecht. Die Risikogesellschaft und ihre symbolische Gesetzgebung im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht, in: KritV 1992, 452 ff.; C. Prittitz, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt/M. 1993.

der Reaktion der staatlichen Institutionen, vor allem des Gesetzgebers, durch eine Mehrung des Sicherheitsrechtes ist auf das Prinzip des Rechtsstaates selbst zurückzuführen: Das Grundgesetz bindet die staatlichen Organe an das geschriebene Recht und schreibt diesem damit eine weit gehende Steuerungsfunktion zu.

67

## II.

*Diese Logik folgt aus dem Prinzip des demokratischen Rechtsstaates des Grundgesetzes, das dem Recht eine herausragende Steuerungsfunktion im Bereich der Sicherheit zuweist. Das Sicherheitsrecht erfährt in der Verrechtlichung der Debatte eine notwendige Bekräftigung. Diese Selbstbekräftigung wird durch »symbolische Gesetzgebung« unterlaufen.*

Die Verrechtlichung steuerungsbedürftiger Bereiche der Gesellschaft ist in der Logik der grundgesetzlichen Ordnung als demokratischer Rechtsstaat angelegt, in dem sich Herrschaft auf der Grundlage demokratisch zustande gekommener Gesetze legitimiert.<sup>19</sup> Nur das Gesetz und die auf ihm fußende staatliche Maßnahme kann demnach Legitimität für die erforderliche zwangswise Durchsetzung staatlicher Maßnahmen für sich beanspruchen. Insbesondere im Bereich der Gewährleistung gesellschaftlicher Sicherheit durch die Vereitelung gesellschaftswidrigen Verhaltens hat das Recht deshalb eine entscheidende Steuerungsfunktion. Im Rechtsstaat ist von einem Zusammenfallen von Recht und Staat auszugehen: Der *Staat* ist das, was die Gesamtheit des Rechts als *Staat* beschreibt.<sup>20</sup> Zu den Aufgaben des Staates gehört es unbestritten, die Rechts- und Rechtsgütersicherheit zu gewährleisten, so das staatliche Gewaltmonopol zu erhalten und einer Privatisierung von Gewalt aus Gründen des Selbstschutzes zu verhindern.<sup>21</sup>

Bei der Gesetzgebung im Bereich des Sicherheitsrechts wurden in den vergangenen Jahren vor allem zwei Strategien verfolgt:<sup>22</sup> Zum einen schuf man neue Rechtsgüter, indem bestimmte Handlungen unter Strafe gestellt wurden und dadurch, quasi im Reflex, das neue Rechtsgut entstand. Diese Rechtsgüter bilden ein Vorfeld vor den sog. Kernrechtsgütern Leben, Gesundheit, Eigentum und den Institutionen des Staates. Im 28. Abschnitt des StGB<sup>23</sup> wurde beispielsweise mit der *Umwelt* ein Rechtsgut geschaffen, das eine Grundlage für die Gesundheit der Individuen darstellt, und Handlungen, die sich schädigend auf diese auswirken, bereits weit im Vorfeld bestraft. Eine zweite Strategie erhöhte den Schutz bestehender Rechtsgüter, indem die Strafbarkeit von Handlungen weit in das Vorfeld einer tatsächlichen Rechtsgutsverletzung vorverlagert wurde. So bestraft § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG das unerlaubte Handeltreiben mit Betäubungsmitteln<sup>24</sup> und soll dadurch die daran anschließende Verletzung der Gesundheit des Drogenkonsumenten verhindern. Die Vorverlagerung erscheint aus Gründen der Vollzugseffizienz erforderlich, weil nur durch sie der rechtsgutsverletzende Verlauf zu einem Zeitpunkt unterbrochen werden kann, zu der die Sicherheitsbehörden selbst noch eine Zugriffsmöglichkeit besitzen.<sup>25</sup> Nur durch eine hohe

<sup>19</sup> So auch C. Gusy (Fn. 2), S. 188 f.

<sup>20</sup> Vgl. grundsätzlich H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Neudruck der zweiten umgearbeiteten Auflage von 1929, Aalen 1963, S. 15.

<sup>21</sup> S. dazu unten IV.

<sup>22</sup> Zu diesen beiden Strategien ausführlich G. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in: *ZStW* 97 (1985), S. 751.

<sup>23</sup> Eingeführt durch das 31. StrafrechtsänderungsG v. 27. 6. 1994, BGBl. I, S. 1440.

<sup>24</sup> Eingeführt durch das *Verbrechensbekämpfungsgesetz* v. 7. 10. 1994, BGBl. I, 2835.

<sup>25</sup> H. Hilger, *Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG*, in: *NStZ* 1992, S. 457.

Vollzugseffizienz wird aber der strafrechtliche Zweck der *positiven Generalprävention*, der in der Normbestätigung besteht,<sup>26</sup> erreicht. Das Recht bekräftigt sich auf diese Weise selbst und vergewissert sich so seiner Befolgung. Fraglich ist natürlich, ob die Täter, insbesondere im Bereich schwerer Sexualdelikte oder im Bereich organisierter Bandenkriminalität überhaupt durch Strafandrohungen abzuschrecken sind.<sup>27</sup>

Einfache Gesetze haben den Vorrang des Grundgesetzes zu beachten, d. h. sie müssen formell und materiell mit ihm in Einklang stehen. Sicherheitsgesetze wie die *Rasterfahndung* oder der *große Lauschangriff* sind verfassungsgemäß, wenn sie geeignet sind, den gesetzgeberischen Zweck zu erreichen, und wenn zur Erreichung dieses Zwecks kein mildereres Mittel genauso geeignet erscheint. Diese Kriterien werden regelmäßig als erfüllt angesehen, wenn sich das Gesetz in das Gesamtgefüge der bereits bestehenden Sicherheitsgesetze einfügt und keine gravierende Grundrechtsverkürzung vorliegt. Die verfassungsrechtliche Bewertung ist dabei nicht unabhängig von der gesellschaftlichen Wirklichkeit zu sehen, die einem ständigen Wandel unterliegt. Die Wahrnehmung von Unsicherheit und Bedrohung, z. B. durch Kriminalität, kann hierbei eine bedeutende Rolle spielen. Die jeweiligen gesellschaftlichen Voraussetzungen finden ihren Ausdruck in den Entscheidungen des Parlamentes und auch in denen des Bundesverfassungsgerichts, das die gesellschaftliche Wirklichkeit berücksichtigt. Maßnahmen, die dieser Wirklichkeit zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht entsprechen, haben zu diesem Zeitpunkt keinen Bestand vor der Verfassung, können aber zu einem späteren Zeitpunkt als verfassungsgemäß gelten. Als das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1970 in seinem sog. Abhörurteil über die Verfassungsmäßigkeit der Änderung von Art. 10 GG und des darauf gestützten G 10 zu entscheiden hatte, warnten die Richter *v. Schlabrendorff* und *Rupp* in einem Sondervotum davor, diese anzuerkennen, weil »der darin verwirklichte Gedanke [einer unanfechtbaren Überwachung der Betroffenen] im Wege der Verfassungsänderung auch in andere Bereiche übertragen werden« könnte, »so könnte Art. 13 GG dahin erweitert werden, daß unter bestimmten Voraussetzungen Haussuchungen ohne Zuziehung des Wohnungsinhabers und dritter Personen vorgenommen und dabei auch Geheimmikrofone unter Ausschluß des Rechtswegs angebracht werden dürfen.«<sup>28</sup> Ein Szenario, das zur damaligen Zeit als reine Provokation zu verstehen war, das aber im Jahre 1998 mit der Regelung der technischen Raumüberwachung, dem sog. großen Lauschangriff, von einer breiten Mehrheit im Bundestag getragen, Wirklichkeit wurde.

Gesetztechnische Kontrollen wie Befristungen von Sicherheitsgesetzen<sup>29</sup> oder andere begleitende Kontrollmaßnahmen wie die Evaluation von Telefonüberwachungsmaßnahmen<sup>30</sup> oder die parlamentarische Kontrolle des Einsatzes technischer

<sup>26</sup> Den Begriff verwendet *G. Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, Berlin 1991, S. 6 ff.

<sup>27</sup> In der Begründung zum OrgKG heißt es: »... die Strafen nach dem Betäubungsmittelgesetz, insbesondere gegen den Rauschgifthandel, sowie gegen andere Bandenkriminalität entfalten keine hinreichende abschreckende Wirkung.« BT-Drs. 12/989, S. 21.

<sup>28</sup> BVerfGE 30, 1, 46 – Abhörurteil.

<sup>29</sup> Zum Beispiel § 22 Abs. 2 TerrorismusbekämpfungSG v. 9. 1. 2002 (Fn. 9), wonach die Änderungen des BundesverfassungsschutzG, des MAD-G, des BND-G, des SicherheitsüberprüfungsG und von § 7 Abs. 2 des BKA-G vom 11. 1. 2007 an wieder in ihrer am 31. 12. 2001 maßgeblichen Fassung gelten. Gemäß § 22 Abs. 3 sind die Neuregelungen vor Ablauf der Befristung zu evaluieren.

<sup>30</sup> Die Ergebnisse einer vom Bundesministerium der Justiz beim MPI für ausländisches und internationales Strafrecht in Auftrag gegebene Studie zur »Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen« waren für Mai 2002 angekündigt, stehen aber bis heute aus, vgl. zuletzt BT-Drs. 14/7270, S. 5. Dazu *J. Bizer*, Praxis der TK-Überwachung, in: *DuD* 2002, S. 216 ff.

Mittel zur Wohnraumüberwachung<sup>31</sup> dienen heute der Sicherung der Verfassungsmäßigkeit von Sicherheitsgesetzen. Sie orientieren sich zum Teil an Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts. Die Kongruenz der Sicherheitsgesetze und der Verfassung ist dadurch zu gewährleisten. Als eine absolute normative Grenze ist die Verfassung dagegen nur beschränkt tauglich, weil ihre einzelnen Regelungen einer Bewertung vor dem jeweiligen gesellschaftlichen Hintergrund unterliegen. So ging die Kritik der sachverständigen Gutachter zum zweiten Sicherheitspaket der Bundesregierung fehl, die im Rahmen eines Hearings im November 2001 vorgetragen wurde und derzu folge es »ein Widerspruch in sich selbst« sei, wenn angeblich zum Schutze eines »zivilisierten Staates« gerade dessen Merkmale weitgehend preisgegeben würden.<sup>32</sup> Denn auch die Vorstellung vom »zivilisierten Staat« ändert sich im Laufe der Zeit, so dass Gesetze, die zu einem Zeitpunkt undenkbar sind, später zwingend notwendig erscheinen können. Im Prozess der Überprüfung eines Gesetzes und der An- oder Aberkennung seiner Verfassungsmäßigkeit erfährt die Verfassung vielmehr ihre Selbstbegräftigung als Rechtsnorm in ihrer Vorrang- und Begrenzungsfunktion gegenüber dem einfachen Recht.

Von einem rechtstheoretischen Standpunkt aus erfährt die Rechtsetzung eine systematische Grenze in der reinen Symbolgesetzgebung. Das heißt für das Sicherheitsrecht dort, wo aufgrund der neuen gesetzlichen Regelung kein Mehrwert an Sicherheit geschaffen wird, sondern lediglich eine Befriedung der öffentlichen Meinung, eine Beruhigung der gesellschaftlichen Bedrohungswahrnehmung erreicht wird. Es findet eine rein symbolische Selbstbegräftigung des Staates statt, die seine Handlungs- und Problemlösungskompetenz unter Beweis stellen soll und in dem symbolischen Gesetzgebungsakt ein staatliches Handlungsziel artikuliert. Solche Gesetze können zwar geeignet sein, subjektiv Sicherheit zurückzugeben. Ihre Erforderlichkeit als mildestes Mittel ist dagegen zu bezweifeln.

Nach einer in der Strafrechtstheorie vertretenen Auffassung geht es im Strafrecht heute nur am Rande um die Sicherung einzelner konkreter Rechtsgüter, vielmehr aber um die Sicherung einer »angstfreien Daseinsgewissheit« bezüglich solcher Rechtsgüter.<sup>33</sup> Das erfordere zum Teil auch dort Straftatbestände, wo dies aus einer objektiven Gefahrenlage heraus nicht begründet werden kann.<sup>34</sup> Das Strafrecht erlange dabei zunehmend symbolischen Charakter, was vom Gesetzgeber aber hingenommen werde, weil gerade mit symbolischer Gesetzgebung der Anschein politischer Handlungsfähigkeit gewahrt werde.<sup>35</sup> Der Gesetzgeber beziehe mit symbolischer Gesetzgebung darüber hinaus moralisch Position.<sup>36</sup> Typische Beispiele für Alibi- bzw. Krisengesetze, »Ersatzreaktionen des Gesetzgebers«, sind nach Auffassung W. Hassemers die »Gesetze zur Bekämpfung des Terrorismus«, die in der Absicht entstehen, »die öffentliche Angst und Empörung wenigstens zu beschwichtigen«.<sup>37</sup> Als Problem symbolischer Gesetzgebung wird es angesehen, dass die »latenten« Funktionen einer

<sup>31</sup> Angeordnet von Art. 13 Abs. 6 GG, BT-DrS 15/154.

<sup>32</sup> SZ v. 30. 11. 2001, S. 1; in Anlehnung an das Sondervotum zu BVerfGE 30, 1, 46, wo es heißt: »Es ist ein Widerspruch in sich selbst, wenn man zum Schutz der Verfassung unveräußerliche Grundsätze der Verfassung preisgibt.«.

<sup>33</sup> K. Seelmann, Risikostrafrecht. Die Risikogesellschaft und ihre symbolische Gesetzgebung im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht, in: KritV 1992, 452 ff., 455, mit Verweis auf U. Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, Frankfurt/Main 1988, S. 254 ff.

<sup>34</sup> K. Seelmann ebd., S. 455.

<sup>35</sup> W. Hassemer, Symbolisches Strafrecht, in: NSchZ 1989, S. 553 ff., 558. Grundlegend M. Voß, Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten, Ebelsbach 1989.

<sup>36</sup> U. Volkmann, Rückeroberung der Allmende, in: NVwZ 2000, 364, der in Frage stellt, dass durch die Verstärkung der Polizeipräsenz oder die Videoüberwachung öffentlicher Räume ein einziger Raubüberfall oder ein einziger Handtaschenraub weniger begangen wird.

<sup>37</sup> W. Hassemer (Fn. 35), S. 554.

Norm ihre »manifesten« überwiegen, dass also anstelle des Regulierungsziels der Norm lediglich die »Befriedigung eines aktuellen Handlungsbedarfs«, die »Bewältigung der Bevölkerung« oder die »Demonstration eines starken Staates« erreicht wird.<sup>38</sup> Das Vertrauen in die Norm werde aufgrund nicht einzulösender Vollzugserwartungen dagegen zerstört.

Bereits politische Forderungen können diese symbolische Wirkung haben, indem sie Stimmungen steuern und politische Unterstützung sichern. Die zitierte Forderung des Bundeskanzlers zum (ge-)rechten Umgang mit Sexualstraftätern ist ein Beispiel für einen solchen symbolischen politischen Akt, der zunächst ohne konkrete Folgen für die Strafverfolgungs- und Justizapparate bleibt, der Bevölkerung aber eine Be- fassung der Regierung mit dieser Frage anzeigt. Angesprochen auf das Problem symbolischer Gesetze im Bereich der Sicherheit, antwortete *Otto Schily* im Jahre 1998, also vor seiner Zeit als Bundesinnenminister, auf die Frage, ob der Ruf nach Stärke und Strafen populistisch sei oder ob eine Hoffnung auf die Senkung der Kriminalitätsrate bestehe: »Ich halte das wenigstens zum Teil für eine Alibiveran- staltung. Mein Eindruck ist, dass sich diejenigen, die nach stärkeren Strafen rufen, nur in Positur setzen. Sie wissen überhaupt nicht, wie sie das umsetzen sollen. Insgesamt ist es ein Ablenkungsmanöver von den wahren sozialen Ursachen der Straftaten.«<sup>39</sup> Die stärkste Form der Selbstbegräftigung des Rechts und zugleich die stärkste Form seiner symbolischen Machtartikulation ist die Todesstrafe. Sie ist Symbol der Stärke, ihr « Sinn ist denn auch nicht, den Rechtsbruch zu strafen, sondern das neue Recht zu statuieren. Denn in der Ausübung der Gewalt über Leben und Tod begräftigt mehr als in irgendeinem andern Rechtsvollzug das Recht sich selbst.«<sup>40</sup> Die Androhung der Todesstrafe ist zugleich immer die Drohung mit ihrer Vollstreckung. Wegen der Endgültigkeit der mit der Todesstrafe produzierten Realität, dem Tod des Delin- quenten, stellt sie ein Grenzproblem symbolischer Gesetzgebung dar. Dabei ist die Todesstrafe auch immer die Bekräftigung der Gewaltksamkeit des Rechts. Ihr Vor- bildcharakter im Sinne eines Spiegels der gewaltsausügenden Gesellschaft, die die Tötung eines Menschen als Maßnahme anerkennt und nur von ihrer Legitimität abhängig macht, ist inzwischen der Hauptkritikpunkt der Todesstrafengegner in den USA.<sup>41</sup> Eine Ordnung, die dem Recht im Bereich der Sicherheit eine weitgehende Steuerungsfunktion zuweist, ist auf dessen Selbstbegräftigung angewiesen. Nur sich selbst begräftigendes Recht begräftigt auch die Normerwartungen der Bürger und wahrt so seine Legitimität. Die Selbstbegräftigung ergibt sich aus den Anforderungen des Rechtsstaates. Rein symbolische Gesetzgebung widerspricht dieser Systematik, weil die rein symbolische Norm keine Bekräftigung in ihrer Anwendung erfährt und so zu einem Legitimitätsverlust des Rechts als Ganzem führt. Symbolische Akte lassen sich lediglich politisch durch den Verweis auf ihre tatsächlich befriedende Wirkung rechtfertigen, wenn auf den individuell-subjektiven Charakter von Bedrohungsemp- findungen und gesellschaftlicher Angst abgestellt wird. Aus der Perspektive des Verfassungsrechts sind sie dagegen als unverhältnismäßig, aus der der Rechtstheorie als kontraproduktiv abzulehnen.

<sup>38</sup> W. Hassemer ebd., S. 556.

<sup>39</sup> ZRP-Rechtsgespräch mit Rechtsanwalt *Otto Schily* (MdB), Der Ruf nach härteren Strafen als Ablenkung und Alibi, in: ZRP 1998, S. 235, 236.

<sup>40</sup> W. Benjamin, Zur Kritik der Gewalt (1921), Frankfurt/M. 1965, S. 43.

<sup>41</sup> Vgl. dazu den Beitrag über die neueren Diskussionen in Zusammenhang mit der Hinrichtung von Timothy McVeigh in: The Economist vom 12. 5. 2001, S. 50.

*Den individuell-subjektiven Bedrohungsängsten der Bürger entspricht oft keine reale Bedrohung. Anstatt die auf unbegründeter Angst erwachsende Handlungserwartung mit symbolischen staatlichen Maßnahmen zu bedienen, erscheint es sinnvoll, den Ängsten durch die Erhöhung von Transparenz und die intensive Aufklärung über das Maß der Bedrohung zu begegnen.*

Der individuell-subjektive Charakter gesellschaftlicher Bedrohungswahrnehmung stellt einen wichtigen Faktor im Bereich der Sicherheitspolitik dar. Die tatsächliche Bedrohung durch Kriminalität ist für das Individuum, d. h. den Bürger, schwer feststellbar. Er ist auf ihre mediale Vermittlung bzw. auf das aufklärende Wirken staatlicher Stellen angewiesen. Dabei wird die in der Bevölkerung dominierende subjektive Sichtweise zunehmend von Furcht und Angst bestimmt. So ergaben Erhebungen des Allensbach-Instituts, dass die Angst davor, »daß bei mir zu Hause eingebrochen wird«, in Westdeutschland zwischen 1980 und 1992 von 22 Prozent auf 43 Prozent gestiegen ist, die tatsächliche Wahrscheinlichkeit, Opfer einer solchen Tat zu werden, jedoch gleichbleibend gering war.<sup>42</sup> Solche Analysen zeigen, dass die Kriminalitätsfurcht in den letzten Jahren erheblich stärker gestiegen ist als die tatsächliche Kriminalität. Im internationalen Vergleich haben die Menschen in Deutschland mehr Ängste als in anderen Staaten, obwohl dort die Kriminalität zum Teil erheblich größer ist; die Ängste steigen also nicht proportional, sie potenzieren sich.<sup>43</sup> Eingang in das öffentliche Bewusstsein finden kriminelle Taten im Wege medialer Verstärkung, nicht selten ihrer Verzerrung.<sup>44</sup> Nur so werden Bedrohungen, die in der Regel nur einen kleinen Kreis potentieller Opfer betreffen, öffentlich wahrnehmbar und dadurch auch politisch steuerbar. Die beschriebenen Bedrohungs-Debatten werden schnell zu Selbstläufern, die sich regelmäßig von ihrem Initiationseignis lösen und in deren Rahmen alle denkbaren Gefahren hypothetisch mitbedacht und mitbesprochen werden. Nicht selten werden regelrechte Geisterdebatten geführt. So zum Beispiel der immer wieder beschworene Anstieg von Sexualmorden an Kindern. Die vom Bundeskriminalamt veröffentlichten Opferzahlen sprechen eine andere Sprache und zeigen zwischen 1990 und 2000 eine relative Konstanz. Verglichen mit Zahlen aus den 1970er Jahren hat sich die Gefahr stark vermindert.<sup>45</sup>

Ähnliches lässt sich der Debatte über Organisierte Kriminalität entnehmen. Unter dem Schlagwort *Russenmafia* wurde zwischen 1990 und 1998 ein Szenario in einer Weise medial vermittelt, das geeignet war, Unsicherheit zu erzeugen und den in dieser Zeit entstehenden grundrechtsintensiven Sicherheitsgesetzen gesellschaftliche Legitimität zu verleihen. Zum Schutz vor der *Russenmafia* wurde ein ganzer Katalog von neuen Ermittlungsmaßnahmen in Gesetzesform gebracht, so u. a. die Rasterfahndung, der verdeckte Ermittler und der sog. große Lauschangriff. Ende 1999 stellte der Präsident des Bundeskriminalamtes (BKA) *Ulrich Kersten* fest: »Wir haben keine Erkenntnisse, dass russische organisierte Kriminalität im Sinne einer hierarchisch gegliederten und straff organisierten Kriminalität sich in Deutschland etabliert hat.«<sup>46</sup> Und der ehemalige Berliner Polizeipräsident *Hagen Saberschinsky* äußerte sich Ende

<sup>42</sup> Zitiert nach *H. Ostendorf*, Lagebild der Kriminalität, in: Informationen zur politischen Bildung: Strafrecht und Kriminologie, Nr. 248, 3. Quartal 1995.

<sup>43</sup> So *H. Ostendorf* ebd.

<sup>44</sup> Zur medialen Verstärkung vgl. F. Neubacher, in: ZRP 1998, S. 430 m. w. N.

<sup>45</sup> 1972: 10 Kinder, 1973: elf Kinder, 1979: dreizehn Kinder, 1990: drei Kinder, 1991: vier Kinder, 1992: sieben Kinder, 1993: drei Kinder, 1994: sechs Kinder, 1995: ein Kind, 1996: vier Kinder, 1999: 2 Sexualmorde, 5 Fälle sexuellen Missbrauchs mit Todesfolge, 2000: 2 und 1; vgl. F. Neubacher, »Trau keinem unter 30!« – Wie bedrohlich ist die Jugendkriminalität wirklich?, in: ZRP 1998, S. 430, Fn. 7.

<sup>46</sup> Im Interview mit dem Berliner Tagesspiegel vom 28. 11. 1999, S. 4.

des Jahres 2000 ähnlich: Zwar sei Berlin generell sehr stark betroffen von organisierter Kriminalität aus osteuropäischen Ländern, doch werde die Rolle der organisierten Kriminalität übertrieben dargestellt. Das, was Russenmafia genannt werde, habe auf jeden Fall »keine dominierende oder marktbeherrschende Stellung in Berlin« erlangt.<sup>47</sup>

Die Herstellung von gesellschaftlicher Sicherheit bedeutet deshalb insbesondere die Beseitigung der Ängste der Bürger. Dabei kommt es entscheidend auf das individuell-subjektive Sicherheitsempfinden an. Symbolische Maßnahmen können dieses Ziel erreichen und subjektiv Sicherheit gewähren, wenn sie von Seiten der sich bedroht fühlenden Bürger als wirkungsvolles Gefahrenabwehrmittel verstanden werden. Dort, wo die Bedrohung sich lediglich als eine kollektiv-subjektive darstellt, genügt zur Ausräumung der Angst, d. h. gesellschaftlicher Unsicherheit, die Bestätigung der Handlungsfähigkeit des Staates in der Selbstbegründigung des Rechts. Anstatt die aus dieser unbegründeten Angst erwachsende Handlungserwartung gegenüber staatlichen Stellen mit symbolischen Maßnahmen zu bedienen, erscheint es allerdings sinnvoll und auch realisierbar, den Ängsten durch sorgfältige Gefahrenanalyse und daran anknüpfende Aufklärung der Gesellschaft zu entkräften. Ein Tätigwerden des Gesetzgebers ist dann zumindest dort entbehrlich, wo sich eine reale gesellschaftliche Bedrohung nicht bestätigt oder wo bestehende Gesetze die geeigneten und erforderlichen Maßnahmen bereits vorsehen.

Ein solches Vorgehen setzt auf die Erhöhung des Informationsflusses zwischen den staatlichen Institutionen und der Bevölkerung, was ein Höchstmaß an Transparenz der staatlichen Stellen erforderlich macht. In Form von Untersuchungen der objektiven Sicherheits- bzw. Gefährdungslage und von Evaluationen der Wirkung einzelner Maßnahmen und durch die Eröffnung der tatsächlichen Leistungsfähigkeit staatlicher Ermittlungsstellen kann das Informationsdefizit der Bürger reduziert und die bestehende Asymmetrie abgebaut werden. Die Neufassungen der jährlich vom BMI vorgelegten Kriminalstatistik mit stärkerer Einbeziehung des Dunkelfeldes und die Evaluierung der Telefonüberwachung durch das Bundesministerium für Justiz (BMJ), deren Ergebnis in Bälde erwartet wird, sind solche richtigen Schritte. Dieser Ansatz kann noch massiv ausgeweitet werden, z. B. im Bereich regionaler Kriminalitäts- und Polizeistatistiken, die auch den personellen und finanziellen Aufwand der polizeilichen Arbeit ausweisen und Einschätzungen zur Dimension des Dunkelfelds abgeben. Denn nur Aufklärung kann unbegründete Ängste verhindern.

Entfällt nach einer Weile aus tatsächlichen Gründen eine objektive Bedrohung, die eine Sicherheitsdebatte ausgelöst hat, oder wird die Geisterhaftigkeit der Debatte schließlich erkannt, so sind Sicherheitsgesetze zurückzunehmen. Die zur Bekämpfung des links-extremistischen Terrorismus oder zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität erlassenen Gesetze blieben hingegen alle bestehen. Dabei ist natürlich auch die Gewöhnung der Bevölkerung an eine sicherheitsrechtliche Regelung zu bedenken. Die Rücknahme einer bestehenden Sicherheitsregelung hat zumindest ein gedachtes »Weniger an Sicherheit« zur Folge und kann als Schritt zurück in einen Zustand größerer Unsicherheit verstanden werden, wenn nicht ausreichende Aufklärung über die tatsächliche Sicherheitslage betrieben wird.

47 Der Tagesspiegel vom 21.12.2000, S. 11.

*Sicherheitsgesetzgebung findet ihre Legitimation in der Verfassung. Sicherheit bedeutet die Sicherheit des Rechts und der durch Recht geschützten Güter. Sicherheitsrecht hat stets die Gewährleistung von Freiheit zum Zweck.*

Nicht erforderliche sicherheitsrechtliche Regelungen sind unverhältnismäßig; sie widersprechen dem Gebot der Freiheitsoptimierung und der Befriedungsfunktion des Rechts. In den Geisteswissenschaften ist in den vergangenen Jahren immer wieder auf den gewaltsamen Ursprung des Rechts hingewiesen worden. Die Debatte knüpfte sich an *Jaques Derridas* Lektüre von *Walter Benjamins* Kritik der Gewalt aus dem Jahr 1921.<sup>48</sup> Nach *Benjamin* liegt der – gemeinhin verdrängte – gewaltsame Ursprung des Rechts im Akt der Rechtsetzung selbst begründet, Rechtsetzung ist der gewaltsame, mythische Ursprung des Rechts: »Rechtsetzung ist Machtsetzung und insofern ein Akt von unmittelbarer Manifestation der Gewalt.«<sup>49</sup> Die Aktualisierung dieses gewaltsamen Moments des Rechts, z. B. in der Sicherheitsgesetzgebung, gilt als legitim, insoweit die Gewaltamkeit des Rechts prozedural umhegt ist und sie also demokratische Legitimation für sich beanspruchen darf.

*Benjamin* wies noch auf eine andere Form rechtsetzender Gewalt hin: »Im großen Verbrecher tritt [dem Recht] diese Gewalt entgegen mit der Drohung: neues Recht zu setzen, vor der das Volk trotz ihrer Ohnmacht in bedeutenden Fällen noch heute wie in Urzeiten erschauert.«<sup>50</sup> Die durch den Normbruch geschaffenen »neuen Verhältnisse [werden] als neues ›Recht‹ anerkannt«, weil sie eine neue Ordnung setzen. Noch einen Schritt weiter gedacht entsteht neues Recht als Reaktion des Gesetzgebers auf den rechtsetzenden Normbruch des großen Verbrechers.<sup>51</sup> *Derrida* führte diese Gedanken weiter. Recht sei stets eine Gewalt, »der man stattgegeben, die man autorisiert hat, eine gutgeheißen, gerechtfertigte Gewalt, eine Gewalt, die sich durch ihre Anwendung rechtfertigt oder die von ihrer Anwendung gerechtfertigt wird, selbst wenn diese Rechtfertigung ihrerseits ungerecht ist oder sich nicht rechtfertigen lässt. Die Anwendbarkeit, die ›enforceability‹ ist keine äußere oder sekundäre Möglichkeit, die zusätzlich, als Supplement zu dem Recht hinzu kommen mag. Sie ist die Gewalt, die wesentlich in dem Begriff der *Gerechtigkeit als Recht* einbegriffen ist: in dem Begriff der Gerechtigkeit, die zum Recht wird, in dem Begriff des Gesetzes als Recht [...]. Sicherlich gibt es Gesetze, die nicht angewendet werden, es gibt aber kein Gesetz ohne Anwendbarkeit und keine Anwendbarkeit oder ›enforceability‹ des Gesetzes ohne Gewalt.«<sup>52</sup> Produziert kriminelle Gewalt aber Gesetze, und sind Gesetze die legitime gewaltsame Antwort des Staates auf kriminelle Gewalt, liegt der beschriebenen Rückkopplungslogik ein dialektisches Prinzip zugrunde. Gleichzeitig gewinnt der kriminelle Akt rechtsetzenden Charakter weniger wegen der Verneinung des staatlichen Gewaltmonopols als vielmehr wegen seiner Aktivierung, die neues Recht schafft.

<sup>48</sup> *J. Derrida*, Gesetzeskraft. Der »mystische Grund der Autorität« (1990), Frankfurt/M. 1991; daran anschließend die Beiträge in *A. Haverkamp*, Gewalt und Gerechtigkeit. *Derrida – Benjamin*, Frankfurt/M. 1994.

<sup>49</sup> *W. Benjamin* (Fn. 40), S. 57. Dazu *B. Menke*, Benjamin vor dem Gesetz: Die Kritik der Gewalt in der Lektüre Derridas, in: *A. Haverkamp* (Fn. 48), S. 217, 231.

<sup>50</sup> *W. Benjamin* (Fn. 40), S. 39, dessen Verständnis von »dem großen Verbrecher« sich auf die Rechtsphilosophie *G. W. F. Hegels* zurückführen lassen.

<sup>51</sup> In diesem Sinne ist die Warnung von *H. Prantl*, Der Terrorist als Gesetzgeber. Wie westliche Regierungen den Rechtsstaat demontieren, in: *SZ* v. 8./9. 12. 2001, S. 13, zu verstehen.

<sup>52</sup> *J. Derrida* (Fn. 48), S. 12.

Diese Aktivierung des staatlichen Gewaltmonops ist geboten, wenn sie der Gewährleistung von Rechts- und Rechtsgütersicherheit dient.<sup>53</sup> Dabei geht es um die Sicherung der bürgerlichen Freiheit, um die Absicherung der verfassungsmäßig garantierten Grundfreiheiten. In diesem Sinne ist auch der Satz *v. Humboldts*, es gebe »keine Freiheit ohne Sicherheit«, zu verstehen.<sup>54</sup>

Eine Erhöhung von Sicherheit hat die Bestärkung der verfassungsrechtlich garantierten Grundfreiheiten zu bezeichnen.<sup>55</sup> Und genau diese Zielsetzung ist bei der Überprüfung der Geeignetheit konkreter Maßnahmen zu beachten: Dient die Sicherheitsmaßnahme der Sicherung der bürgerlichen Freiheit, wie sie die Verfassung garantiert? Oder mit dem Bundesinnenminister *Otto Schily*: »Freiheit ohne Sicherheit gibt es nicht. Aber das gilt auch umgekehrt: Sicherheit gibt es nicht ohne Freiheit.«<sup>56</sup>

Wichtig ist dabei, die Konstellation zu bedenken, auf die Bezug genommen wird, wenn *Freiheit* und *Sicherheit* in der Debatte einander gegenübergestellt oder verknüpft werden.<sup>57</sup> In einem – fiktiven – rein bipolaren Verhältnis Staat/ Bürger, der »freiheitsrechtlichen Gefährdungslage« in der Grundrechtsdogmatik, stellt jede Verkürzung von Freiheitsrechten durch staatliche Maßnahmen unmittelbar eine Einbuße von Freiheit dar. Eine Grundrechtsbeschränkung im Namen der Sicherheit, die gleichzeitig die Freiheit vergrößert, ist in dieser Konstellation nicht denkbar. *Sicherheit vor dem Staat* ist nur durch eine Ausweitung von Freiheitsrechten zu erreichen, nicht durch ihre Verkürzung.<sup>58</sup> Tatsächlich besteht im Sicherheitsrecht aber immer das tripolare Verhältnis Staat/Täter/Opfer, also die Konstellation einer Freiheitsbeschränkung durch einen Dritten, den kriminellen Täter. Es geht um die *Sicherheit im Staat*.

Eine Erhöhung bzw. Erhaltung der Opferfreiheit durch eine staatliche Maßnahme, die sich für den Täter als Eingriff darstellt, ist hier möglich. Nur wenn das potentielle Opfer vor dem kriminellen Eingriff geschützt wird, ist sein zur Freiheitsausübung notwendiger Raum weiterhin gewährleistet. So bezeichnet der »große Lauschangriff« die Verfolgung von Mitgliedern krimineller Banden und damit den Schutz potenzieller Opfer organisierter Kriminalität. Und so dient die Regelung von Speichelentnahme zum Zwecke der Herstellung genetischer Fingerabdrücke (DNA-Analyse) der Verfolgung von Sexualstraftätern und damit dem Schutz potenzieller Opfer von Sexualdelikten. Die Tat stellt eine kriminelle Freiheitsanmaßung des Täters gegenüber dem Opfer dar. Ein Sicherheitsgesetz soll eine solche Tat in der Zukunft verhindern (generalpräventiv, und das heißt auch durch Verbesserung der Aufklärungswahrscheinlichkeit durch neues Prozessrecht oder als Erweiterung der präventiv-polizeilichen Befugnisse) und vergrößert dadurch die Freiheit potenzieller Opfer in der Zukunft. Ein Freiheitsgewinn entsteht allerdings nur bei potenziellen Opfern, und auch nur dann, wenn die Maßnahme eine kriminelle Tat gegen das potenzielle Opfer tatsächlich verhindert. Bei allen anderen von dem Sicherheitsgesetz betroffenen Personen hat die in dem Sicherheitsgesetz liegende Freiheitsbeschränkung keine freiheitserweiternde Wirkung durch mehr Sicherheit, wirkt sich im Ergebnis also als Freiheitsverkürzung aus. So ist zum Schutze potenzieller Opfer in vielfacher Weise

<sup>53</sup> Dazu *E. Denninger*, Der Präventionsstaat, in: *KritJ* 1988, S. 1 ff., der den paradigmatischen Wandel von der Rechtssicherheit zur Rechtsgütersicherheit im Sinne von sozialer Gerechtigkeit beschreibt.

<sup>54</sup> Sie dazu bereits oben Fn. 1.

<sup>55</sup> So auch *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin/New York 1983, S. 1 ff.

<sup>56</sup> Interview in: *Der Spiegel* 12/2001, S. 38.

<sup>57</sup> Gegen eine Entgegensetzung, die mit dem Satz »in dubio pro libertate« ausgedrückt werde, polemisiert *J. Isensee* (Fn. 55), S. 1 ff.

<sup>58</sup> Ausgenommen werden hier die Selbstgefährdungsfälle, in denen der Bürger durch staatlichen Eingriff vor sich selbst geschützt wird, was auch erst dann für zulässig erachtet wird, wenn eine freie Willensentscheidung nicht mehr möglich ist, vgl. Hungerstreik, Selbstmord.

das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verkürzt worden, was sich abstrakt für alle Bürger als Grundrechtsträger als Freiheitsverkürzung darstellt und die Freiheit potenzieller Opfer verhinderter Verbrechen erhöht hat.

Ein Sicherheitsgesetz kann die vor der kriminellen Tat bestehende Freiheit nicht wieder herstellen; die kriminelle Freiheitsverkürzung lässt sich nicht aufheben. Das Gesetz kann lediglich eine Verlagerung der Freiheitsverkürzung bewirken: Die *Freiheitsverkürzung durch den kriminellen Täter* wird ersetzt durch eine *Verkürzung der Freiheit gegenüber dem Staat*. Folge ist also eine Verstaatlichung der Freiheitsverkürzung, die Bekräftigung des staatlichen Gewaltmonopols durch die *Rückholung der Gewaltkompetenz* durch den Staat. Da dies im Rechtsstaat durch neue Gesetze geschieht, kann auch von einer *Verrechtlichung der Gewaltanwendung* gesprochen werden.

Dabei wird von staatlicher Seite nicht die selbe Freiheit verkürzt, die sich auch der kriminellen Täter anmaßen würde. Die Freiheitsverkürzung, die z. B. in der kriminellen Wegnahme eines Vermögensgegenstandes liegt, unterscheidet sich von der Freiheitsverkürzung durch die Ausweitung staatlicher Ermittlungsbefugnisse. Dennoch würde eine Freiheitsbilanz aufgrund der Verlagerung von Bürgerfreiheit auf den Staat zu einer Reduzierung von Bürgerfreiheit insgesamt kommen. Der *v. Humboldt'sche Satz*, es gebe »keine Freiheit ohne Sicherheit«, trifft in Anwendung auf die sicherheitsrechtliche Gesetzgebung daher nur bedingt zu. Zu beachten ist immer, dass 1. ein *Mehr* an Sicherheit nur bei wenigen, den potenziellen Opfern, entsteht, und dass 2. mit diesem *Mehr* auf der Seite der Opfer ein *Weniger* für alle Grundrechtsträger einher geht.

Die fortwährende Aktivierung des staatlichen Gewaltmonopols zur Verstaatlichung krimineller Gewalt, also ein Wirken der beschriebenen Dialektik der Gewalt, hat so aufgrund der negativen Freiheitsbilanz eine Reduzierung bürgerlicher Freiheit insgesamt zur Folge. Die Ausweitung staatlicher Ermittlungsbefugnisse hat in den letzten Jahren immer häufiger Kritiker den Vorwurf der Errichtung eines Polizei- oder Überwachungsstaates laut werden lassen.<sup>59</sup>

## V.

*Die sicherheitspolitische und sicherheitsrechtliche Debatte in der Bundesrepublik hat in den letzten Jahren zu einer Re-Personalisierung des Staates geführt. Die staatliche Sicherheitsgewährleistungspflicht erfuhr unter Rückgriff auf frühneuzeitliche Staatsgründungsmythen eine Idealisierung.*

Eine genauere Untersuchung der Sicherheitsdebatte in der Bundesrepublik seit 1990 zeigt eine Personalisierung des Staates. Damit ist gemeint, dass die begriffliche Gegenüberstellung von *Staat* und *Bürger* in der staatstheoretischen Debatte zunehmend wieder akzeptiert wird. Dieser neue Staat/Bürger-Antagonismus hat Anhänger sowohl auf Seiten der Kritiker eines starken Staates, die allein die von ihm ausgehenden Gefährdungen bürgerlicher Freiheit sehen, als auch bei seinen Befürwortern, die im Staat den Garanten bürgerlicher Freiheit sehen. Dabei hat der Antagonismus eine Tradition, die in das 19. Jahrhundert zurückreicht. Nach dem Tode G. W. F. Hegels im Jahre 1831 ging die Formierung und Formulierung des Staats-

<sup>59</sup> B. Hirsch, Abschied vom Grundgesetz. Otto Schilys Weg zum Überwachungsstaat, in: SZ v. 2. 11. 2001, S. 17; F. Roggan, Auf legalem Weg in einen Polizeistaat. Entwicklung des Rechts der Inneren Sicherheit, Bonn 2000; D. Nogala, Der Frosch im heißen Wasser, in: C. Schulzki-Haddouti, Vom Ende der Anonymität. Die Globalisierung der Überwachung, Hannover 2000.

begriffs auf die Staatsrechtslehre über. Die *Persönlichkeit* des Staates wurde zum Paradigma dieser neuen Disziplin. Der Staat als ein real-universales Normsubjekt, konstituiert aus selbstgesetzten Rechtsverhältnissen. Rechtshandeln und Herrschaftstätigkeit galten als identisch, sie machten die Staatskategorialität aus.<sup>60</sup> Diese Sichtweise schien überkommen mit der Schaffung des Grundgesetzes als einer freiheitlich-demokratischen Verfassung, dessen zwei Hauptanliegen die Formulierung bürgerlicher Freiheiten und die Teilung staatlicher Macht waren.

Das veränderte Staatsverständnis findet seine Fundierung in der Begründung der Sicherheit als originärer Staatsaufgabe, wie sie seit Mitte der 70er Jahre in der Verfassungsdogmatik entwickelt worden ist.<sup>61</sup> In der Gesetzesbegründung zu den sog. Notstandsgesetzen und zum G 10 galten als Schutzobjekte *der Staat, die freiheitliche demokratische Grundordnung und – mittelbar auch – die Bevölkerung*.<sup>62</sup> Als 1991 das Gesetz zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität verabschiedet wurde, wies die Gesetzesbegründung die Organisierte Kriminalität als eine »Herausforderung für Staat und Gesellschaft« aus.<sup>63</sup> Die Erweiterung staatlicher Ermittlungsbefugnisse wurde deshalb zum *Schutze von Grundrechten der Bürger* als erforderlich angesehen.<sup>64</sup> In beiden Fällen war man also von einer Bedrohung für Staat und Bevölkerung ausgegangen, jedoch hatte sich das Schutzobjekt verändert: Stand 1968 der Staat und seine Grundordnung im Sinne des auf der Verfassung beruhenden Institutionengefuges im Vordergrund, waren es 1991 bürgerliche Individualrechte, denen der staatliche Schutz der Sicherheitsgesetze dienen sollte.

Diese gewandelte Schutzrichtung lässt sich auf die Entwicklung der positiven Schutzrichtung der Grundrechte im Anschluss an die erste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch zurückführen.<sup>65</sup> Unter Rekurs auf frühneuzeitliche Staatsgründungskonstrukte, insbesondere *Thomas Hobbes' Leviathan*, wurde in der Folge in der Verfassungsdogmatik die *Staatsaufgabe Sicherheit* begründet: »Am Anfang aller Legitimationsgründe steht die Sicherheit.«<sup>66</sup> Dieser wurde ein korrespondierendes subjektives Recht, das sog. Grundrecht auf Sicherheit, zur Seite gestellt. Die so entstandenen *Schutzpflichten und -rechte* fügen sich nach Auffassung von *Robert Alexy* in die Tradition des liberalen Rechtsstaatsverständnisses ein, ihre »Begründung im Rahmen des klassischen vertragstheoretischen Staatsmodells, das in jüngster Zeit eine vehemente Renaissance erlebt hat«, dränge sich geradezu auf.<sup>67</sup> Die neue Schutzpflichten-Dogmatik erfuhr ihre Transformation in das Umwelt- und Technikrecht,<sup>68</sup> wurde für den Schutz gegen militärische Gefahren durch auswärtige Staaten anerkannt<sup>69</sup> und wurde schließlich auf das Kriminal-Sicherheitsrecht übertragen.<sup>70</sup> Mittelfristig entwickelte sich so die Gefahrvorbeugung zum

60 M. Silnizki, Staat, in: J. Ritter/K. Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 10, Basel 1998, Sp. 42.

61 J. Isensee (Fn. 55), S. 17 ff.; ders., Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 2. A. Heidelberg 1992, § 111, Rn. 77 ff.; V. Götz, Innere Sicherheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, Heidelberg 1988, § 79, Rn. 1–9 und passim.

62 BT-Drs. 5/1879, S. 6 ff.

63 BT-Drs. 12/989, S. 1.

64 Zum Beispiel laut BT-Drs. 12/989, S. 25: »Eigentum und Vermögen«.

65 BVerfGE 39, 1 – Schwangerschaftsabbruch, vgl. dazu I. Richter/G. F. Schuppert/C. Bumke, Casebook Verfassungsrecht, 4. A., München 2001, S. 32 ff.

66 J. Isensee (Fn. 55), S. 3.

67 R. Alexy, Theorie der Grundrechte, Frankfurt/M. 1986, S. 414, mit Verweis auf J. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit (1971), Frankfurt/M. 1975.

68 BVerfGE 49, 89 – Kalkar I; 53, 30 – Mühlheim-Kärlich; 56, 54 – Fluglärm; 77, 381 – Kernbrennlemente; 79, 174 – Straßenverkehrslärm; 81, 310 – Kalkar II.

69 BVerfGE 66, 39 – Raketenstationierung; 77, 170 – C-Waffen.

70 BVerfGE 46, 160 – Schleyer; 85, 386 – Fangschaltung.

sicherheitsrechtlichen Paradigma,<sup>71</sup> indem die Sicherheitsbehörden aufgrund von Zugriffsrechten in einem sehr frühen Stadium den schädigenden Kausalverlauf zu unterbrechen suchen (vgl. dazu oben II. zur Kriminalisierung im Vorfeld von Rechts-gutsverletzungen).

Problematisch ist allerdings die Begründung der Staatsaufgabe Sicherheit unter Rekurs auf die frühneuzeitlichen Vertragstheorien. Zur Begründung einer staatlichen Sicherheitsgewährleistungspflicht ist er nicht erforderlich, zur Legitimation »ursprünglicher Herrschaftsmacht«<sup>72</sup> des Staates ist er heute auf der Grundlage des Grundgesetzes untauglich, und unter Berücksichtigung des *Hobbes'schen homo-homini-lupus*-Menschenbildes ist er als systemfremd abzulehnen. Der im Jahr 1651 formulierte *Leviathan* entstand in der Folge des 30-jährigen und des Bürgerkrieges in England,<sup>73</sup> er entstand lange vor den aufklärerischen Schriften von *Kant* und *Montesquieu*, die wesentliche theoretische Vorarbeiten zum heutigen Verfassungsverständnis geleistet haben. Das *homo-homini-lupus*-Menschenbild ist unvereinbar mit *Kants* reflexivem Selbstbestimmungskonzept,<sup>74</sup> das als Grundlage für die bundesrepublikanische Verfassunggebung des Jahres 1949 diente.<sup>75</sup> Der Entstehung des Grundgesetzes ging nicht der Zustand eines Bürgerkrieges voraus, dieser Staat wurde mithin nicht in einen Naturzustand hineingeboren. Die Sicherheitsgewährleistungspflicht nach dem Grundgesetz ist daher nicht zu trennen von den bürgerlichen Freiheiten, die es garantiert; es ist von einer Gleichzeitigkeit bürgerlicher Sicherheit und Freiheit auszugehen, eine *oberste Staatsaufgabe Sicherheit* kann deshalb nicht mehr bedeuten als unbedingter Freiheitsschutz. Hieraus ist – mit *Isensee*<sup>76</sup> – die Staatsaufgabe Sicherheit als positive Schutzrichtung der Grundrechte legitimer Weise zu konstruieren, die Heranziehung der Staatsphilosophie *Hobbes'* ist – entgegen *Isensee*<sup>77</sup> – dagegen nicht begründet.

Die *Personalisierung* des Staates bei fortschreitender Dialektik der Gewalt schafft ein Verhältnis immer größerer Abhängigkeiten auf Seiten der Bürger gegenüber den staatlichen Institutionen. Der Staat wird zum umfassenden »Beschützer« unter Inkaufnahme der Verringerung bürgerlicher Freiheit und damit – aus einer bürgerlichen Perspektive – dem Verlust von Mündigkeit. Die Renaissance des starken Staates ist in Zeiten gesellschaftlicher Unsicherheit zwar erklärbar, weil an den Ruf nach dem Staat bestimmte Hoffnungen und Sicherheitserwartungen geknüpft sind. Sie ist aber keineswegs zwingend, wie ein Perspektivenwechsel auf die Zivilgesellschaft zeigen wird.

<sup>71</sup> Dazu *D. Neumann*, Vorsorge und Verhältnismäßigkeit. Die kriminalpräventive Informationserhebung im Polizeirecht, Berlin 1994.

<sup>72</sup> *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. A. des 7. Neudrucks Darmstadt 1960, S. 180f.: »Der Staat ist die mit ursprünglicher Herrschaftsmacht ausgerüstete Verbandseinheit sesshafter Menschen.«.

<sup>73</sup> Mit dem Text wollte *Hobbes* seine Rückkehr an den Hof erreichen, erntete stattdessen aber Missgunst, weil er die englische Republik als einen durch Unterwerfung der Staatsbürger zustande gekommenen Staat legitimierte. *M. Dießelhorst*, Nachwort zu T. Hobbes' *Leviathan*, Reclam Stuttgart 1970, S. 309.

<sup>74</sup> *I. Kant*, Einleitung in die Metaphysik der Sitten, in: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Hamburg 1986, S. 25 f., 47 f., 126 f.

<sup>75</sup> Zu *Kants* Idee von der Unvertretbarkeit eines Menschen, der einen absoluten inneren Wert, und d. i. Würde besitzt: *P. Häberle*, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, Heidelberg 1987, § 20, Rn. 34.

<sup>76</sup> *J. Isensee* (Fn. 61), Rn. 84 f.

<sup>77</sup> *J. Isensee* (Fn. 55), S. 3 ff., 17 ff.; *ders.* (Fn. 61), Rn. 83.

*Zivilgesellschaften besitzen die Kompetenz zur Lösung gesellschaftlicher Probleme, auch in Fragen der eigenen Sicherheit. Die dazu erforderliche öffentliche Kommunikation ist auf geeignete Kommunikationsmittel angewiesen. Sie setzt außerdem ein Höchstmaß an Transparenz in allen informationserheblichen Bereichen des Gemeinwesens voraus. Den staatlichen Institutionen kommt im Bereich der öffentlichen Kommunikation eine Gewährleistungsverantwortung zu.*

Der Begriff *Zivilgesellschaft* beschreibt ein gesellschaftliches Projekt mit dem Ziel der Organisation von Sicherheit und Gerechtigkeit auf der Grundlage einer freiheitlichen Verfassung. Die *Zivilgesellschaft* (»civil society«) unterscheidet sich begrifflich von der Gesellschaft des modernen Staates. Gestützt auf die bewährten Institutionen des demokratischen Rechtsstaates setzt sie innerhalb dieses Rahmens auf die Gemeinwohlorientierung und die Eigenverantwortung aller Bürger als mündige Teilnehmer am Gemeinwesen. Sie tut dies nicht zuletzt als Folge der Erkenntnis der Unerfüllbarkeit staatlicher Omnipräsenz und Allzuständigkeiten. Eine sozio-moralische Fundierung findet die aristotelisch fundierte *Zivilgesellschaft* im Begriff der Bürgertugend.<sup>78</sup> Nicht der unmündige und abhängige Bürger ist das Leitbild für diese Form der Staatsorganisation. Idealtypisch ist es der mündige, selbstbewusste und unabhängige Bürger, der an den öffentlichen Angelegenheiten partizipiert, seine privaten Angelegenheiten weitestgehend selbstständig regelt, und der sich dort, wo die Grenze seiner Leistungsfähigkeit erreicht ist, subsidiär auf geeignete staatliche Institutionen stützen kann. Gesellschaft und Staat werden im kommunikativen Zusammenwirken der Bürger zur Erfüllung der öffentlichen Aufgaben erst hergestellt. Dabei dient die staatliche Verfassung der Vermittlung kommunikativer Macht.<sup>79</sup> Sie gewinnt ihre Stärke nicht aus der Stärke eines *Staates*, sondern vielmehr aus der Stärke kommunikativ verschalteter Bürger, die ihre Angelegenheiten in Eigenverantwortung verwalten. Die *Zivilgesellschaft* ist auf institutionelle Voraussetzungen angewiesen, deren wichtigste das Bestehen von geeigneten Mitteln zur öffentlichen Kommunikation ist.

Die eigenverantwortliche Partizipation an den öffentlichen Angelegenheiten setzt die »informationelle Mündigkeit« der Bürger voraus. Der Staat der *Zivilgesellschaft* wirkt dabei als Schnittstelle der Bürgerinteressen. Er ist ein aktiver und aktivierender Staat, der die Stärke des Rechts und die Einhaltung der Regeln des sozialen Wettbewerbs garantiert.<sup>80</sup> Der aktivierende Staat weckt und moderiert die Selbsthilfepotentiale der Gesellschaft.<sup>81</sup> Der Schwerpunkt staatlicher Tätigkeit ist bei der Gewährleistung der erforderlichen Kommunikationsbedingungen anzusiedeln. Der prompte und zuverlässige Zugriff auf das erforderliche Wissen ist eine funktionale Voraussetzung gesellschaftlicher Selbstorganisation. Der Staat und seine Institutionen haben hier als Schalt- und Waltungsstelle zu fungieren. Diese Pflicht ergibt sich bereits aus der grundrechtlich geschützten Meinungs- und Informationsfreiheit.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> Zur Tradition der *Bürgersellschaft* und zu ihrem Komplementär der *Bürgertugend*: H. Münkler, *Zivilgesellschaft und Bürgertugend. Bedürfen demokratisch verfasste Gemeinwesen einer sozio-moralischen Fundierung?*, Antrittsvorlesung 10. 5. 1993 an der Humboldt-Universität zu Berlin, Ms. S. 1.

<sup>79</sup> G. Frankenberg, *Die Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft*, Frankfurt/M. 1997, S. 35, 135.

<sup>80</sup> Ausgehend vom Begriff der *Zivilgesellschaft* forderte Bundeskanzler G. Schröder in einem Beitrag für die Frankfurter Hefte (Die zivile Bürgersellschaft. Anregungen zu einer Neubestimmung der Aufgaben von Staat und Gesellschaft, H. 4/2000) einen Staat, »der sich darauf konzentriert, die Bedingungen für Gerechtigkeit zu schaffen und die Infrastruktur gesellschaftlicher Solidarität zu garantieren.«.

<sup>81</sup> S. Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht zwischen Obrigkeit und aktivierendem Staat, Tübingen 2003, i. E., Ms. S. 467.

<sup>82</sup> Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit ist für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung »schlechthin konstituierend«; BVerfGE 7, 198, 208 – Lüth.

Dort, wo die nötigen Informationskanäle nicht von selbst entstehen, trifft den Staat eine Bereitstellungspflicht, müssen seine Institutionen Informationen produzieren und zur Verfügung halten. Zu beachten ist, dass der über die privaten Massenmedien vermittelte Diskurs den wirtschaftlichen Interessen dieser Medien folgt und nicht mit einem am Gemeinwohl und der Aktivierung der Bürger orientierten öffentlichen Diskurs verwechselt werden darf. Die privaten Medien spielen bei der Kontrolle der öffentlichen, aber auch der privatwirtschaftlichen Institutionen und Organe eine wichtige Rolle im Demokratiegefüge. Der politisch-soziale Diskurs der Zivilgesellschaft als gemeinwohlinteressierter *politischer Öffentlichkeit*<sup>83</sup> ist hingegen auf zusätzliche Vermittlungskanäle angewiesen. Eine weitere staatliche Aufgabe besteht in der Gewährleistung gleicher Partizipationschancen. Politische Öffentlichkeit erfordert die gleiche Chance aller Bürger zur Partizipation an dem politischen Diskurs, was einen hohen Bildungsstandard zu Folge hat, da nur eine gemeinsame Sprache die erforderliche Kommunikation unter den Bürgern ermöglicht. Die Gewährleistung dieses Standards ist Aufgabe des Gemeinwesens.

Die Informiertheit der Bürger in dem für die gesellschaftliche Selbstorganisation erforderlichen Maße setzt die größtmögliche Publizität/Transparenz aller informationserheblichen Zusammenhänge voraus. Dazu gehören staatliche Institutionen ebenso wie gesellschaftliche Verbände, private Unternehmen und die Lebenswelten der Bürger. Nur bei größtmöglicher Transparenz stehen alle relevanten Daten allen Bürgern zur Verfügung. Das erfordert die Herstellung von Binnentransparenz in staatlichen Institutionen und die Veröffentlichung aller in den Institutionen produzierten Informationen. Geheimhaltung ist auf ein Minimum »informationeller Selbstbestimmung« als ein Kernbereich individueller bzw. institutioneller Selbstverantwortlichkeit zu reduzieren.<sup>84</sup> Bei personenbezogenen Daten ist dieser Grundsatz gegenüber staatlichen Stellen heute anerkannt. Lediglich einen »letzten unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung ..., der der öffentlichen Gewalt schlechthin entzogen ist«, erkennt das Bundesverfassungsgericht an.<sup>85</sup> Im Bereich der öffentlichen Verwaltung gibt es seit längerem Anstrengungen der Herstellung von mehr Transparenz.<sup>86</sup> Ähnlich wie in den skandinavischen Ländern oder den USA sind in einer Reihe von Bundesländern bereits Informationsfreiheitsgesetze (IFG) in Kraft. Für ein IFG des Bundes<sup>87</sup> lag in der 14. Legislaturperiode ein Entwurf vor, der in seinem § 1 Abs. 1 »nach Maßgabe dieses Gesetzes gegenüber den Behörden des Bundes« ein Jedermannsrecht »auf Zugang zu amtlichen Informationen« vorsah. Lediglich zum Schutz von in § 3 genannten Gemeinwohlinteressen – die allerdings einer weiten Interpretation offen standen – sollte ein Informationszugang ausgeschlossen sein. Das Gesetz kam letztlich wegen Widerständen aus den Reihen der Bundesministerien nicht zustande.<sup>88</sup> Es hätte die Umkehrung der in der deutschen Verwaltungslehre und -praxis seit dem 19. Jahrhundert anerkannten Vertraulichkeit der Verwaltung und des

<sup>83</sup> Zur Kritik an einem idealisierenden Begriff der politischen Öffentlichkeit im *Habermas'schen* Sinne vgl. das Vorwort zur Neuauflage von *J. Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchung zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt/M. 1990, S. 21 ff.

<sup>84</sup> Zu Öffentlichkeitsgrundsatz und Arkanpolitik vgl. *M. Jestaedt*, Zwischen Öffentlichkeit und Vertraulichkeit – der Staat der offenen Gesellschaft: Was darf er verbergen?, in: *O. Depenheuer* (Hrsg.), Öffentlichkeit und Vertraulichkeit. Theorie und Praxis der politischen Kommunikation, Wiesbaden 2001.

<sup>85</sup> BVerfGE 80, 367, 373 f. – Tagebuch. Dieser »letzte Bereich« hat bisher keine rechts-praktische Relevanz entfaltet.

<sup>86</sup> Zu den rechtswissenschaftlichen Anstrengungen siehe *F. Schoch/M. Kloepper/H. Garstka*, Informationsfreiheitsgesetz (IFG-ProfE). Entwurf eines Informationsfreiheitsgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 2002.

<sup>87</sup> Entwurf eines Gesetzes über die Freiheit des Zugangs zu amtlichen Informationen des Bundes – Informationsfreiheitsgesetz – (Stand 20. 12. 2000): [www.bmi.bund.de/Anlage3096/Entwurf\\_eines\\_Informationsfreiheitsgesetzes\\_IFG\\_mit\\_Begründung.pdf](http://www.bmi.bund.de/Anlage3096/Entwurf_eines_Informationsfreiheitsgesetzes_IFG_mit_Begründung.pdf), S. 64.

<sup>88</sup> *M. Krupa*, Aufstand der Amtsschimmel, in: *Die Zeit* 15/2002. Die Bundesregierung hält an ihrer Absicht

Aktengeheimnisses zur Folge gehabt.<sup>89</sup> Die Abkehr vom Amtsgeheimnis hätte auch ein anderes Verständnis vom Datenschutz zur Folge, der bei seiner Entstehung im Jahre 1977 im Vergleich mit dem amerikanischen Recht schon mal als »Kampfformel zur Verteidigung des Arkanprinzips« bezeichnet wurde.<sup>90</sup> Die neueren Datenschutz-Konzepte in der Rechtswissenschaft gehen heute weg vom umfassenden Datengeheimnis und hin zu einer »Datenverkehrsordnung«.<sup>91</sup> Die aufgrund der stetigen Verbesserung der Informationstechnologie unvermeidbare Entwicklung hin zum *gläsernen Menschen* kann nur durch die gleichzeitige Herstellung des *gläsernen Staates* entschärft werden, wodurch Asymmetrien vermieden werden. Die öffentlichen Institutionen müssen bei der Herstellung von Transparenz der Lockerung des Datenschutzes vorbildlich vorausgehen. Ein weiterer wichtiger Schritt bei der Erhöhung der Transparenz staatlichen Handelns ist die immer häufiger praktizierte Evaluierung von Maßnahmen, die für eine nach Ablauf von 5 Jahren erforderliche Verlängerung der Befugnisse, die sich aus dem Terrorismusbekämpfungsgesetz vom 1. 1. 2002 ergeben, zwingend vorgeschrieben ist.<sup>92</sup> Noch ein weiterer Schritt zur Erhöhung informationeller Mündigkeit der Bürger und zur Vermeidung symbolischer Gesetzgebung wäre das Anerkenntnis der Grenzen staatlicher Handlungsfähigkeit, wo immer sie geboten ist, und mag sie politisch noch so wenig opportun sein.<sup>93</sup> Vertrauen in die Handlungsweisen der öffentlichen Institutionen kann nur durch die informationelle Einbeziehung der Bürger hergestellt werden.

Diese Grundsätze müssen auch auf die staatlichen Ermittlungsstellen im Bereich des Sicherheitsrechts Anwendung finden. Das bedeutet zum Beispiel, dass diese nur in Ausnahmefällen *heimlich* ermitteln dürfen und dass die Ergebnisse von Ermittlungen zu veröffentlichen sind.<sup>94</sup> Die bessere Kontrolle und das bessere Verständnis erhöhten die Legitimität des Handelns der staatlichen Sicherheitskräfte. Den Bürgern muss im Bereich der Sicherheit eine größere Kompetenz zukommen, indem die Sicherheitsbedürfnisse stärker in Richtung konkreter Maßnahmen artikuliert werden können. Das setzt öffentliche Debatten über solche Maßnahmen in geeigneten »öffentlichen« Foren voraus. Dabei wird bereits das kollektive Wirken und der daraus erwachsende Zugewinn an Wissen die Mündigkeit steigern und Unsicherheiten beseitigen. Die Ermittlung von Gefährdungslagen durch empirische Untersuchungen aus der Gesellschaft heraus (»Rechtstatsachenforschung«) und die daran anschließende Erarbeitung von konkreten lokalen Sicherheitskonzepten werden helfen, unbegründete Ängste zu reduzieren. Als Beispiel soll an das in vielen deutschen Gemeinden bereits umgesetzte Modell des *wachsamen Nachbarn* erinnert werden, das das amerikanische *community policing* zum Vorbild hat<sup>95</sup> und das die Bürger zu mehr Aufmerksamkeit in einem

der Umsetzung eines IFG weiterhin fest, vgl. *Bundesregierung* (Hrsg.), *Moderner Staat – Moderne Verwaltung*. Bilanz 2002, [www.staat-modern.de/infos/daten/bilanz2002.pdf](http://www.staat-modern.de/infos/daten/bilanz2002.pdf).

89 Nach der u. a. von Georg Jellinek in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts entwickelten Impermeabilitätslehre war der Informationsvorsprung der Verwaltung – der Bastion der Monarchie – gegenüber der bürgerlichen Öffentlichkeit zu beschützen. So entstanden und erhielten sich Verwaltungsinnenräume als staatliche Räume.

90 J. Scherer, Datenschutz und Datenzugang. Zum Recht des Bürgers auf behördliche Information in der Bundesrepublik Deutschland und in den USA, in: JZ 1979, S. 389 ff.

91 Vgl. die grundsätzlichen Ausführungen bei M. Albers, Information als neue Dimension im Recht, in: Rechtstheorie 2002, S. 61 ff.

92 Zur Evaluierung der TK-Überwachung s. o. Fn. 30.

93 So ist im Hinblick auf die Zahlen des BKA zu den Kinder-Opfern von Sexualstraftaten möglicherweise anzuerkennen, dass eine Reduzierung nicht realistisch ist und eine Massengesellschaft wie die bundesrepublikanische immer mit drei bis fünf Opfern zu rechnen habe, der Ruf nach *mehr Staat* insofern also ein untaugliches Mittel darstellt.

94 Zum Problem des Einsatzes von V-Leuten bei der Beobachtung einer extremistischen Partei vgl. den Beschluss des BVerfG v. 22. 1. 2002 im Rahmen des NPD-Verbotsverfahrens.

95 Vgl. nur die Verweise bei C.-J. Glaeßer, Sicherheit und Freiheit, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 10-

Bereich aktiviert, in dem mit der Kontrolle und dem Zugriff der Polizei nicht zu rechnen ist und eine Erhöhung der Polizeipräsenz nicht gewünscht wird oder nicht finanziertbar ist. Seine Akzeptanz ist in der deutschen Tradition der Blockwarte allerdings gering. An seine Grenzen stößt das *community*-Konzept bei erheblichen Gefährdungen des Gemeinwesens wie der durch den Terrorismus oder im Falle der Landesverteidigung. Hier sind starke Polizeien mit weitreichenden Befugnissen gefragt. Die Legitimität ihrer Handlungen muss aber auf den Willen der Bürger zurückzuführen sein. Die Feststellung einer Gefahr und der Erforderlichkeit der polizeilichen Maßnahmen, die Organisation der entsprechenden Behörden und die Bewertung ihrer Tätigkeit müssen in der Verantwortung der Zivilgesellschaft verbleiben.

Den Institutionen des demokratischen Rechtsstaates müssen auch auf der Grundlage eines zivilgesellschaftlichen Paradigmas und eines transparenten Sicherheitsrechts wichtige Aufgaben im Bereich der Verwaltung und des Gesetzesvollzuges zukommen. Von den Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit und von dem Gewaltmonopol der staatlichen Institutionen darf nicht abgerückt werden. Grundrechtseingriffe bleiben den staatlichen Vollzugsorganen vorbehalten. Und der freie und allgemeine Zugang zu unabhängigen Gerichten muss gewährleistet sein. Die Überprüfbarkeit von Rechtsverkürzungen, unabhängig davon, ob sie von staatlicher oder von privater Seite erfolgen, gehört zu den Grundprinzipien moderner politischer Ordnungen. Die Personalisierung des »starken Staates« gilt heute als Anachronismus. Staat ist kein Selbstzweck, sondern eine Mehrheit von Institutionen, die das Gemeinwohl gewährleisten sollen. Rein symbolische Maßnahmen zur Demonstration von Handlungsfähigkeit und zur Positionierung des »starken Staates« müssen unterbleiben. Insbesondere ist auf die Reduzierung von Grundrechten zum Zwecke symbolischer Handlungen zu verzichten. Vertrauen in die staatlichen Institutionen lässt sich nur durch Transparenz, Konsistenz und Nachhaltigkeit schaffen. Und der Verlust des Vertrauens in die von ihr selbst geschaffenen und organisierten staatlichen Institutionen ist die größte Bedrohung der Zivilgesellschaft.