

Freiheit durch Sicherheit?

Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgesetz

I. Rechtsstaat und Präventionsstaat

Vor sieben Jahren habe ich Vielfalt, Sicherheit und Solidarität in ihrer doppelten Gestalt als Verfassungsideale einerseits und existenzielle Grundbedürfnisse andererseits beschrieben.¹ Nunmehr hat die „neue Dimension des Terrorismus“ dem Gesetzgeber ein „neues Sicherheitskonzept“ abgefordert, das einen ersten paragrafenreichen Ausdruck in dem „Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz)“ gefunden hat. Dieses ist am 1. Januar 2002 in Kraft getreten und in wesentlichen Teilen auf fünf Jahre befristet.² So neu ist das Sicherheitskonzept freilich nicht, vielmehr ist es die konsequente Frucht eines *Sicherheitsdenkens* im *Präventionsstaat*, wie dies spätestens seit dem „Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift-handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität“ vom 15. Juli 1992 mit zahlreichen Normierungen zum Ausdruck gekommen ist, vom Lauschangriff bis zur Raster- oder Schleierfahndung und zur Überwachung des nicht leitungsgebundenen internationalen Fernmeldeverkehrs.³

Die bei der Aufklärung des Massenmordes vom 11. September 2001 sichtbar gewordenen kriminellen Bedrohungsstrukturen stellen die Grundmuster des rechtsstaatlich scharf konturierten Polizei- und Sicherheitsrechts auf eine harte Probe. Da hat

1 Vgl. Erhard Denninger, *Menschenrechte und Grundgesetz*, Weinheim 1994, S. 23 ff., 61 f.

2 Die nachfolgende Betrachtung stützt sich auf den Gesetzesentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Drucksache 14/7386 vom 8. 11. 2001, sowie auf den nach der Anhörung im Innenausschuss vom 30. November 2001 von den Koalitionsfraktionen formulierten Änderungsantrag Drs. 14/7830. Diese Fassung wurde am 14. 12. 2001 als Gesetz beschlossen. Die Zitate: S. 82 der Drs. 14/7386.

3 Vgl. Erhard Denninger, *Der Präventions-Staat*, in: ders. *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden 1990, S. 33 ff.; ferner ders., in: Hans Liskin/Erhard Denninger (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, München 2001³, Kap. E, Rdn. 192–200. Zur Entwicklung der Fernmeldeüberwachung vgl. BVerfGE 100, 313 ff. (1999) und die daraufhin erfolgte Novellierung des Artikel 10–Gesetzes vom 26. 6. 2001.

es die Polizei nicht mehr (nur) mit einer sichtbaren, situativ und personell individuierten, zeitlich abschätzbaren, eben *konkreten* Gefahr zu tun, sondern mit einer unabsehbar großen Zahl einzelner, unsichtbarer und unbekannter Risikoquellen, die nach jahre- oder jahrzehntelanger Latenz – also vollkommener polizeilicher „Unauffälligkeit“ – plötzlich an unvermutetem Ort und in unvorhersehbarer Art und Weise, aber mit höchster, vor Selbsterstörung nicht zurückschreckender Tatenergie aktiv werden. Der betrunkene Randalierer, der gewalttätige Demonstrant ist sichtbar und sein Verhalten einschätzbar, auch der geiselnemende Bankräuber, der seine Beute in Sicherheit bringen will, ist kalkulierbar; ganze Krimi-Serien „leben“ von dem Duell strategischer Züge zwischen Täter und Detektiv, deren Rationalität der Zuschauer nachvollziehen soll. Ganz anders der „Schläfer“, der jahrelang friedlich-freundlich, seine Gefährlichkeit verbergend unter uns lebt, seinen Studien nachgeht, eine preiswürdige Diplomarbeit schreibt und dann eines Tages, synchron mit seinesgleichen, mit unerhörter Wucht und Brutalität zuschlägt.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, des „schonendsten Mittels“, greift nicht gegenüber dem, der weder sich noch andere schonen will, gegenüber dem Selbstmord-Attentäter. Die Auswahl des „geeigneten Mittels“ wird unmöglich, wo die Mittel-Zweck-Relation in jeder Hinsicht unbestimmt ist, weil die Gefahr zwar existent, hinsichtlich ihrer Modalitäten aber völlig unbekannt ist.

Nicht anders verhält es sich hinsichtlich des zweiten großen Aufgabenfeldes der Polizei, der Strafverfolgung. Ihre „repressiven“ Befugnisse eröffnen sich erst, wenn ein *konkreter* Tatverdacht, wenigstens als „Anfangsverdacht“ einer konkreten Straftat, vorliegt. Das „Vorfeld“ strafrechtlich relevanten Verhaltens, etwa unterhalb der Schwelle des Tatbestandes der „Volksverhetzung“ (§ 130 StGB), ist weit. Es ist nicht Aufgabe der Polizei, extremen Überzeugungen oder Gesinnungen nachzuforschen, solange sie nicht in *konkreten Taten* ihren (strafbaren) Niederschlag finden. „Gesinnung aber kann nur von der Gesinnung erkannt

und beurteilt werden. Es herrscht somit der *Verdacht*; die Tugend aber, sobald sie verdächtig wird, ist schon verurteilt.“⁴ Hegel meinte gerade nicht den auf bestimmte Tatsachen gestützten *Tatverdacht* im Sinne der Strafprozessordnung, sondern den bloßen *Gesinnungsverdacht*, welcher dem jakobinischen Tugendterror als Anknüpfung genügte, um die (proklamierte) Herrschaft der Gesetze durch die (praktizierte) Herrschaft der Guillotine zu ersetzen. Man darf an diesen Erfahrungshintergrund ebenso erinnern wie an seine spezifisch deutsche Reprise im nationalsozialistischen Tugendterror der „Geheimen Staatspolizei“ (Gestapo), wenn man sich heute die rechtsstaatliche Funktion einer funktionalen und organisatorischen Trennung von Verfassungsschutz und Polizei klar vor Augen führen will. In Victor Klemperers Tagebüchern 1933–1945⁵ kann man nachlesen, welch lebensrettende „Rechts-Wohltat“ es für den Betroffenen bedeutet, durch ein (vielleicht hartes, aber immerhin) Urteil der ordentlichen Justiz zu einer „gewöhnlichen“ Gefängnisstrafe verurteilt zu werden, anstatt ohne jegliches Verfahren (denn Folter-Verhöre sind keine „Verfahren“ in diesem Sinne) sogleich der Gestapo-Einweisung in ein „Schutzhaftlager“, d. h. KZ, oder dem Abtransport in ein Vernichtungslager anheimzufallen.

Hier ist möglicherweise absichtsvollen Missverständnissen vorzubeugen: Die historische Erinnerung impliziert *nicht* die Behauptung, mit dem Terrorismusbekämpfungsgesetz befänden wir uns bereits wieder auf dem Weg zu einem mit dem NS-System vergleichbaren Sicherheits-Verbund. Eine solche Behauptung wäre aus mehreren Gründen falsch. Zum einen bleiben wesentliche Grundlagen des bisherigen Verfassungsschutzrechts unangetastet: das Gesetzmäßigkeitsprinzip, das Gebot der organisatorischen Trennung von Polizei und Nachrichtendienst sowie der Ausschluss polizeilicher Zwangsbefugnisse.⁶ Bei Auskunftersuchen des Verfassungsschutzamtes darf dieses selbst nur die für die Ermöglichung der Auskunft unerlässlichen personenbezogenen Daten an die ersuchte Stelle übermitteln, eine Konsequenz des selbstverständlich zu beachtenden Übermaßverbots (§ 8 Abs. 1 [neu] BVerfSchG). Zum anderen wirkt die föderale Struktur des Aufbaus der Sicherheitsbehörden trotz des informationellen „Zusammen-

wachsens“ immer noch gewaltenteilend und -begrenzend.

Um den Unterschied zwischen dem damaligen einheitlichen und zentralisierten NS-Sicherheitsrecht und dem heutigen gegliederten Polizei- und Verfassungsschutzrecht klar zu erfassen, lese man einmal das Regelwerk der 22 Artikel des Terrorismusbekämpfungsgesetzes, und dann ziehe man den Vergleich zu der bekannten Definition des nationalsozialistischen Polizeirechts. Nach dieser „hat die Polizei als ‚Hüterin der Gemeinschaft‘ . . . überall dort einzuschreiten, wo deren Belange es erfordern. Weder ist dafür ein gesetzlicher Auftrag notwendig, noch gibt es eine sie hindernde gesetzliche Schranke; ihr Ziel ist die innere Sicherheit der deutschen Volksordnung gegen jede Störung und Zerstörung. Ihre Tätigkeit darf durch Normen weder gebunden noch beschränkt werden, das nationalsozialistische Polizeirecht muss vielmehr mit den bisherigen Spezial- und Generallegitimationen brechen“⁷.

Die historische Erinnerung ist dennoch nützlich, ja unerlässlich; sie hilft, die feine, beinahe unsichtbare Grenze zu erkennen, an welcher der *Rechtsstaat* in den *Präventionsstaat* übergeht. Beide gehorchen den Regeln jeweils spezifischer Funktionslogiken, jener denen der Freiheit und der Autonomie, dieser denen der Sicherheitsmaximierung und der instrumentellen Effizienz. Es geht allerdings nicht um ein schroffes Entweder-oder, sondern angesichts der terroristischen Bedrohung besteht die Aufgabe darin, die ideale Kombination der beiden Zielsetzungen in der Weise zu finden, dass das maximale Maß an Freiheit durch eine optimale Gewährleistung von Sicherheit erhalten wird. Dass hier die Balance nicht einfach zu finden und zu halten ist, zeigt sich in den gegensätzlichen Einschätzungen desselben Gesetzestextes durch die maßgeblichen Politiker: Während die rot-grüne Koalition ihren Entwurf in der aus der internen Kritik und der öffentlichen Anhörung (am 30. November 2001) hervorgegangenen „gereinigten“ Fassung als die gelungene Verbindung der „strenge(n) Beachtung rechtsstaatlicher Prinzipien mit der notwendigen Effektivität bei der Kriminalitätsbekämpfung und Terrorprävention“ lobt,⁸ sehen die Oppositionsparteien teils die Rechtsstaatlichkeit gefährdet (FDP und PDS), teils im

4 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Theorie Werkausgabe, Band 12, Frankfurt/M. 1970, S. 532.

5 Victor Klemperer, Ich will Zeugnis ablegen bis zum letzten, 2 Bände, Berlin 1996⁶.

6 Die Begründung des Fraktionsentwurfs, Drs. 14/7386, S. 93, betont dies ausdrücklich.

7 Werner Best, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, (1937), S. 132, zit. in: Rudolf Kluge/Heinrich Krüger, Verfassung und Verwaltung im Großdeutschen Reich, Berlin 1941³, S. 368.

8 Volker Beck, Bündnis 90/Die Grünen, in: Blickpunkt Bundestag, 11/2001, S. 15; ähnlich Dieter Wiefelspütz, SPD, ebd., S. 14.

Gegenteil das Sicherheitsbedürfnis verfehlt (CDU/CSU).⁹ Wer hat Recht?

Sicher ist nur eines: Die Probleme lassen sich nicht durch Pauschalforderungen oder -angebote lösen. Weder das verfassungsrechtlich nicht begründbare Postulat einer *Informationseinheit* sämtlicher Sicherheitsbehörden, das seinerzeit (1983/84) gegen die „Erfindung“ des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung durch das Bundesverfassungsgericht und die damit erforderliche „informationelle Gewaltenteilung“ ins Feld geführt wurde,¹⁰ noch andererseits das Menetekel vom „Überwachungsstaat“¹¹ sind in ihrer Undifferenziertheit geeignet, die (scheinbare) Quadratur des Zirkels von Freiheit und Sicherheit zu lösen. Selbstverständlich erfordert die Terrorismusbekämpfung ein Stück „Überwachungsstaat“ – die Frage ist nur, wieviel, unter welchen Voraussetzungen, mit welchen Mitteln, in welchen Verfahren und mit welchen Kontrollen?

- Sicherung besonders sicherheitsempfindlicher lebens- oder verteidigungswichtiger Einrichtungen durch „vorbeugenden personellen Sabotageschutz“, z. B. durch die Ergänzung des Sicherheitsüberprüfungs- und des Luftverkehrsgesetzes;
- Sicherung der Identitätsfeststellungen (Passgesetz, Personalausweisgesetz);
- Überwachung des Vereinslebens ausländischer Mitbürger;
- Ausweitung der Kompetenzen des Bundeskriminalamtes;
- Überwachung des Ein- und Ausreiseverkehrs, Verschärfung des Visumverfahrens und der Ausweisungsmöglichkeiten (Ausländergesetz, Asylverfahrensgesetz, Nebengesetze);
- Sicherung der Energieversorgung gegen Störungen (Energiesicherungsgesetz);
- Evaluation der wichtigsten Maßnahmen und Befristung der Regelungen.

II. Hauptelemente der Sicherheitsstrategie

Hält man sich die Geschehnisse vom 11. September, ihre Entstehungsgeschichte, die Biographien der Akteure, deren soziales und religiöses Umfeld sowie die realen Bedingungen ähnlich motivierter, organisierter und gesteuerter Terroraktionen vor Augen, so liegen die legislativen Themenfelder einer möglichen Präventionstrategie auf der Hand. Das Terrorismusbekämpfungsgesetz greift sie auf:

- Erkennung und Beobachtung gewaltbereiter und möglicherweise gewaltvorbereitender „Bestrebungen“ mit grenzüberschreitenden Bezügen. Hier sind, im weiten Vorfeld eigentlicher Polizeiarbeit, auch die Nachrichtendienste mit allerdings veränderter Aufgabenstellung gefordert (Verfassungsschutzämter, MAD, BND);

⁹ Vgl. Max Stadler, FDP; Petra Pau, PDS; Wolfgang Bosbach, CDU/CSU; alle in: ebd., 11/2001, S. 15 f.

¹⁰ Vgl. Rupert Scholz/Rainer Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, Berlin 1984, S. 196 ff.; dagegen Erhard Denninger, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Innere Sicherheit, in: Kritische Justiz, 18 (1985) 3, S. 215 ff.

¹¹ So z.B. in der Presseerklärung der Humanistischen Union und anderer Bürgerrechtsorganisationen vom 6. 11. 2001, in: HU-Mitteilungen, Nr. 176, Dezember 2001, S. 108.

1. Verfassungsschutz

Die zentrale Rolle, die dem Bundesamt für Verfassungsschutz und – unter bestimmten Voraussetzungen – auch den Landesämtern künftig bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus zugeordnet ist, wird nur sichtbar, wenn man die *Befugniserweiterungen* (§ 8 Abs. 5 bis 11, § 9 Abs. 4 BVerfSchG) zusammen mit der *Aufgabenerweiterung* in den Blick nimmt. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 (neu) BVerfSchG gehört zu den Aufgaben des Amtes künftig auch das Sammeln und Auswerten von Informationen über „Bestrebungen im Geltungsbereich dieses Gesetzes, die gegen den Gedanken der Völkerverständigung (Art. 9 Abs. 2 des Grundgesetzes), insbesondere gegen das friedliche Zusammenleben der Völker (Art. 26 Abs. 1 des Grundgesetzes) gerichtet sind“. Der Gedanke der Völkerverständigung und das friedliche Zusammenleben der Völker sind ebenso schutz- und förderungswürdig wie der „Tatbestand“ einer „dagegen gerichteten Bestrebung“ höchst unbestimmt und nahezu uferlos weit ist. Ein „Pfungstreffen“ der Sudetendeutschen, bei dem das Unrecht ihrer Vertreibung geltend gemacht wird, kann ebenso darunter fallen wie die Forderung auf Anerkennung der „Rückkehr“ der Palästinenser oder die Unterstützung einer der zahllosen Autonomiebestrebungen auf der Welt. Gewaltanwendung oder Gewaltvorbereitung sind – im Unterschied zu dem mit der bisherigen Klausel des § 3 Abs. 1 Nr. 3 erfassten „Ausländerextremismus“ –

nicht Voraussetzung für die Beobachtung durch den Verfassungsschutz.

Im Hinblick auf die weitreichenden neuen Befugnisse zur Überwachung der *Geld-, Transport- und Reisebewegungen* sowie des *Postverkehrs* und der *Telekommunikationsverbindungs- und Teledienstnutzungsdaten* erwartet man in der Gesetzesbegründung eine klare Auskunft zur grundgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für diese neue Gesetzgebung. Der Allgemeine Teil der Begründung des Gesetzentwurfs¹² verweist lediglich auf Art. 73 Nr. 10 b) GG. Dies überrascht um so mehr, als man schon 1972 anlässlich der Einfügung der Ausländerextremismus-Klausel in das BVerfSchG klar die Notwendigkeit erkannt hatte, hierfür eine neue verfassungsrechtliche Deckungsnorm zu schaffen, weil weder Art. 73 Nr. 10 a) noch Nr. 10 b) GG hierfür ausreichten. Daher wurde damals der Kompetenzkatalog durch Nr. 10 c) ergänzt, deren Wortlaut dem der Ergänzung des BVerfSchG entspricht.¹³ Jetzt wird die Notwendigkeit der Einführung des § 3 Abs. 1 Nr. 4 BVerfSchG mit dem Ungenügen der 1972 normierten Ergänzung begründet:¹⁴ Diese erfasse nicht Bestrebungen, „die sich gegen politische Gegner im Ausland richten und denen Gewaltanwendung oder entsprechende Vorbereitungshandlungen in Deutschland, die zugleich Auswirkungen auf die innere Sicherheit der Bundesrepublik haben, nicht oder nur sehr schwer nachzuweisen sind“. Wenn aber § 3 Abs. 1 Nr. 3 BVerfSchG die jetzt anvisierten „Bestrebungen“ der „Schläfer“ und anderer Terroristen, die Deutschland als „Ruheraum“ benutzen und dann irgendwo im Ausland Gewaltakte begehen, nicht erfasst, dann kann auch die wortlautgleiche Kompetenznorm des Art. 73 Nr. 10 c) GG die aktuelle Erweiterung der Verfassungsschutzaufgaben (Nr. 4) nicht tragen. Ebenso muss aber auch der Rekurs auf Art. 73 Nr. 10 b) GG als kompetenzrechtliche Deckungsnorm scheitern.

Bestrebungen, die sich gegen den Gedanken der Völkerverständigung und insbesondere gegen das friedliche Zusammenleben der Völker richten, sich aber durch Gewaltaktionen nur im Ausland (nicht notwendig im Heimatstaat der Täter), jedoch nicht im Inland manifestieren, können weder als Angriffe auf die freiheitliche demokrati-

sche Grundordnung der Bundesrepublik noch als Gefährdungen des Bestandes *oder* (!) der Sicherheit des Bundes oder eines Landes qualifiziert werden. Gegenstand des in Nr. 10 b) legal definierten Verfassungsschutzes sind nur diejenigen Schutzgüter der *inländischen* Verfassungsrechtsordnung, wie sie in Anlehnung an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1952 in § 4 BVerfSchG aufgezählt wurden.¹⁵ So umfasst die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ in der Interpretation durch das SRP-Urteil, die dem Gesetzgeber sowohl des BVerfSchG als auch des StGB (§ 92 Abs. 2, „Verfassungsgrundsätze“¹⁶) als Richtschnur gedient hat, die wesentlichen Prinzipien und Institutionen des freiheitlichen demokratischen Willensbildungs- und -verwirklichungsprozesses einschließlich der justiziellen Kontrolle. Jedoch gehören die Gedanken der „Völkerverständigung“ und des „friedlichen Zusammenlebens der Völker“ dazu nicht. Diese haben in der Präambel des Grundgesetzes, ferner in den Artikeln 9 Abs. 2, 24 Abs. 2, 25 und 26 GG unmittelbar und mittelbar Ausdruck gefunden. Sie sind wichtige Verfassungsprinzipien zumindest im Sinne eines permanent zu verfolgenden *Verfassungsauftrags*; doch Bestandteile der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ als des spezifischen Schutzgutes des demokratischen politischen Prozesses sind sie ebenso wenig wie das Prinzip der Bundesstaatlichkeit oder das Sozialstaatsprinzip.¹⁷

Ergibt sich somit, dass keine der beiden in Betracht kommenden Kompetenzgrundlagen – weder Nr. 10 b) noch 10 c) des Art. 73 GG – die in § 4 Abs. 1 Nr. 4 BVerfSchG neu normierte Aufgabenerweiterung des Verfassungsschutzes zu rechtfertigen vermag, dann steht jedenfalls das Bundesamt verfassungsrechtlich insoweit auf schwachen Füßen. (Ob die *Landesgesetzgebung* in diesem Bereich, die ja nach Art. 70 GG keiner enumerierten Kompetenzgrundlage bedarf, entsprechenden Bedenken unterliegt, soll hier nicht untersucht werden.)

Im Fraktionsentwurf (Drs. 14/7386, S. 91) macht man sich erst gar nicht die Mühe einer (wohl auch

15 Vgl. SRP-Urteil, BVerfGE 2, 1, 12 f. für die „freiheitliche demokratische Grundordnung“.

16 Man beachte, dass die „im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechte“ zwar im BVerfSchG, nicht aber im StGB zu den geschützten Verfassungsgrundsätzen zählen.

17 Vgl. dazu mit weiteren Hinweisen Erhard Denninger, in: Handbuch des Verfassungsrechts (Anm. 13), Rdn. 35–37. Zur Ausrichtung des Verfassungsschutzes auf den Schutz der demokratischen Politischen Grundordnung s. ders., Verfassungsschutz, Polizei und die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), (1994) 3, S. 232 ff.

12 Vgl. Drs. 14/7386, S. 88.

13 Vgl. 31. Änderungsgesetz zum GG vom 28. 7. 1972. Zum Problem vgl. Erhard Denninger, „Streitbare Demokratie“ und Schutz der Verfassung, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin 1994², § 16 Rdn. 34.

14 Vgl. Drs. 14/7386, S. 91.

nicht möglichen) einwandfreien Kompetenzbe-
gründung. Hier wird nicht vom rechtsstaatlich aus-
gefeilten Verfassungsnormtext her argumentiert,
sondern vom sicherheitspolitisch gewünschten
Ziel: „Es muss zulässig sein“, heißt es da, dass der
Verfassungsschutz solche (völkerverständigungs-
feindlichen, E. D.) Bestrebungen beobachtet, weil
sie einen Nährboden für die Entstehung extremi-
stischer Auffassungen bildeten und Hass schürten,
der auch vor terroristischer Gewaltanwendung
nicht zurückschrecke. Hier muss die Frage erlaubt
sein, ob man sich angesichts solcher „Bestrebun-
gen“, die ja auch nicht auf das „geheime Kämmer-
lein“ beschränkt bleiben, nicht längst in der
„hässlichen“, Hass predigenden Wirklichkeit der
einschlägigen Straftatbestände der §§ 129, 129 a
und b, 130 StGB bewegt, welche in erster Linie die
Kriminalpolizei auf den Plan rufen müssten. Wenn
man die Tätigkeit des Verfassungsschutzes so weit
in das (inländische) „Vorfeld“ krimineller, im Aus-
land auszuführender Aktionen ausdehnen will,
dass weder die Straftatbestände des StGB, noch
die „Vorbereitungshandlungen“ der (konkreten)
Gewaltanwendung im Sinne des Art. 73 Nr. 10 c)
GG greifen, dann macht man ihn zu einem fast
überall einsetzbaren präventiven Überwachungs-
instrument.

Die Gewichtsverschiebung zwischen Rechtsstaat
und Präventivstaat wird deutlich, wenn man die in
§ 8 Abs. 5 bis 13 BVerfSchG (neu) geschaffenen
Überwachungsbefugnisse auf die in § 3 Abs. 1 Nr. 4
erfassten „Bestrebungen“ anwendet. Es ist nicht
übertrieben, nunmehr von einem *funktionalen prä-
ventiven Fahndungsverbund* zwischen den Nach-
richtendiensten und der Polizei auf dem Feld der
Terrorismusbekämpfung zu sprechen, denn die bis-
her schon in den §§ 18 bis 20 BVerfSchG eröff-
neten Übermittlungsmöglichkeiten zwischen den
Sicherheitsbehörden gewährleisten einen völlig
ausreichenden Informationsfluss, der künftig auch
noch durch Informationsverpflichtungen des Bun-
desamtes für die Anerkennung ausländischer
Flüchtlinge und der Ausländerbehörden der Län-
der gegenüber den Verfassungsschutzämtern des
Bundes und der Länder ergänzt wird (§ 18 Abs. 1 a
[neu] BVerfSchG). Die Auskunftseinholungen
über Konten und Geldbewegungen bei Kreditinsti-
tuten, über Postbewegungen bei allen Postdienst-
leistern, über Transport- und Reisebewegungen
bei Lufttransporteuren und über Telekommuni-
kationsdienstleistungen bei den entsprechenden
Anbietern (§ 8 Abs. 5 bis 8) ermöglichen dem
Bundesamt für Verfassungsschutz die Bildung
umfassender Persönlichkeitsprofile der betroffe-
nen Personen.

Spätestens hier muss der – früher auch von mir
vertretene¹⁸ – Versuch scheitern, polizeiliche und
Verfassungsschutz-Aufgaben nach ihrer primären
Individual- bzw. Organisationsbezogenheit zu
unterscheiden. Der Kreis der Personen, die Gegen-
stand der intensiven Überwachung werden können,
ist nicht näher umschrieben, nicht einmal in den
Fällen der Postverkehrs- und der Telekommuni-
kationsüberwachung, in denen es nahe gelegen hätte,
eine Begrenzung (wie in § 3 Abs. 2 Satz 2 des
Artikel 10-Gesetzes) vorzusehen. Entsprechende
Anregungen aus der Sachverständigen-Anhörung
wurden nicht aufgegriffen; die schließliche
„Beschränkung“ der Auskunftseinholung jeweils
auf den „Einzelfall“ ist juristische Augenwischerei,
da das Amt ohnehin immer nur in Einzelfällen
(und ohne Zwangsbefugnisse) und nicht durch den
Erlass abstrakt-genereller Regeln tätig werden
darf. Hingegen ist die „in letzter Minute“ einge-
fügte Kontrolle durch die mit Entscheidungsbefug-
nis (§ 15 Abs. 5 G 10) ausgerüstete G 10-Kommission
in allen vier Auskunftsfeldern und nicht nur in
den das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis
(Art. 10 GG) berührenden der Post- und der Tele-
kommunikationsüberwachung als ein Pluspunkt
für die Rechtsstaatlichkeit zu verbuchen. Entspre-
chendes gilt für die Pflicht des Parlamentarischen
Kontrollgremiums, dem Deutschen Bundestag
jährlich und nach drei Jahren nach dem Inkrafttre-
ten des (auf fünf Jahre befristeten) Gesetzes
zusammenfassend zum Zweck der *Evaluierung*
detailliert Bericht zu erstatten.

2. Sicherheitsüberprüfungen: „Vorbeugender per- soneller Sabotageschutz“

Seit langem gehört die Mitwirkung an Sicherheits-
überprüfungen von Personen (personeller Sabo-
tageschutz) zu den Aufgaben der Verfassungs-
schutzbehörden. Jetzt soll der Kreis der zu
überprüfenden Personen erheblich ausgeweitet
werden und alle diejenigen umfassen, die an einer
„sicherheitsempfindlichen Stelle“ in einer „lebens-
oder verteidigungswichtigen Einrichtung“ beschäf-
tigt sind oder werden sollen. Dabei geht aus dem
Gesetz hervor, dass sowohl „öffentliche“ wie
„nichtöffentliche“, das heißt private Einrichtungen
und Stellen in Betracht kommen. Eine nähere
Bestimmung dessen, was als „lebens- oder vertei-
digungswichtige Einrichtung“ anzusehen sei, traf
der Fraktionsentwurf (Drs. 14/7386) nicht. Ledig-
lich in der Begründung (S. 104 f.) wurden die Defi-

¹⁸ Vgl. Anm. 17, S. 232, 236 f. Anders immer schon Her-
mann Borgs-Maciejewski/Frank Ebert, Das Recht der Ge-
heimdienste, Stuttgart u. a. 1986, Komm. zu § 3 BVerfSchG,
Rdn. 53, mit weiteren Nachweisen.

nitionen wiedergegeben, auf die sich der Arbeitskreis IV „Verfassungsschutz“ der Ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder 1994 verständigt hatte. Außerdem zählten die Entwurfsfassungen vom 12. Oktober und vom 8. November 2001 unterschiedliche Beispiele auf, was die Beliebigkeit der Ausfüllbarkeit der Definition verdeutlicht. Auf das in der Sachverständigenanhörung geäußerte Bedenken hin, der Gesetzgeber müsse – schon um dem „*Wesentlichkeitsgrundsatz*“ zu genügen – wenigstens die wichtigsten Einrichtungen als „Regelbeispiele“ katalogartig fixieren, erhebt der Gesetzgeber nunmehr die in der Begründung vorfindlichen, konturlosen Definitionen in den Rang von Legaldefinition (§ 1 Abs. 4 und 5 SÜG [neu]). In der Begründung wird die normative „Rangerhöhung“ mit dem „Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz“ begründet. Dies ist schon deshalb falsch, weil die „Umpflanzung“ einer unbestimmten Definition dieser kein Quäntchen mehr an Bestimmtheit zuwachsen lässt; im Übrigen bleibt der *Wesentlichkeitsgrundsatz* nach wie vor unberücksichtigt. Die Prärogative der Exekutive für die Bestimmung des konkreten personellen Umfangs der Sicherheitsüberprüfungen besteht fort, nur ist die Kompetenz-Verteilung dieses an sich klaren Auftrags wiederum ein Lehrstück an rechtsverwirrender Verweisungstechnik. Wer dies nicht glaubt, der lese die auf einander verweisenden §§ 1 Abs. 4, 25 Abs. 2 und 34 SÜG (neu) und beantworte dann ganz schnell die Frage, welche Stelle oder Behörde wofür zuständig ist.

3. Sicherung der Identitätsfeststellung

Ausweisdokumente haben die Funktion, eine zuverlässige Feststellung der Identität des Dokumentinhabers zu ermöglichen. Diese Funktion kann auf verschiedene Weisen konterkariert werden, etwa durch Herstellung eines falschen Passes oder Personalausweises mit Phantasiedaten oder mit den Daten einer anderen lebenden oder toten oder vermissten Person. Eine andere Möglichkeit ist die Benutzung eines echten, dem rechtmäßigen Inhaber aber entwendeten oder abhanden gekommenen Dokumentes, dessen sich ein Unberechtigter wegen seiner Ähnlichkeit mit der abgebildeten Person oder auch nach entsprechenden Veränderungen der Abbildung bedienen kann. Eine weitere Variante der Identitätsverunsicherung könnte man als „Identitätsvervielfachung“ bezeichnen, wenn beispielsweise ein Terrorist zur Irreführung über seine häufigen Reisen (in bestimmte Länder) eine Mehrzahl verschiedener Pässe benutzt, die er sich vielleicht sogar legal oder halb legal in verschiedenen Ländern hat ausstellen lassen.

Um solche Missbrauchsmöglichkeiten mindestens zu erschweren, sieht das Terrorismusbekämpfungsgesetz für Inländer Ergänzungen des Pass- und des Personalausweisgesetzes, für Ausländer entsprechende Änderungen der Vorschriften über Aufenthaltsgenehmigungen und Ausweisersatz (§§ 5 und 39 AuslG) vor.

Während der Pass bisher außer den Angaben zur Person nur das Lichtbild und die Unterschrift des Inhabers enthalten durfte, lässt das Gesetz (§ 4 Abs. 3 und 4 PassG [neu] jetzt auch die Aufnahme „weiterer biometrischer Merkmale“ zu, und zwar auch „in mit Sicherheitsverfahren verschlüsselter Form“. Die Merkmale müssen sich auf Finger, Hände oder Gesicht des Inhabers beziehen. § 4 Abs. 4 kündigt (ungewöhnlicherweise) ein weiteres Bundesgesetz an, das die Arten und die Einzelheiten der biometrischen Merkmale sowie der Verschlüsselung, Speicherung und sonstigen Verarbeitung von Merkmalen und Angaben regeln soll. Die Kabinettsvorlage des Innenministeriums (Stand 12.10./5.11. 2001) sah für all dies ursprünglich nur eine „bundesratspflichtige“ Rechtsverordnung des Innenministers vor; erst der spätere Fraktionsentwurf versuchte dann, dem *Wesentlichkeitsgrundsatz* Rechnung zu tragen. Bei den Ausweisdokumenten für Ausländer (der Aufenthaltsgenehmigung nach § 5 und dem Ausweisersatz nach § 39 AuslG) überlässt man die Regelung aller Einzelheiten allerdings einer Rechtsverordnung. Und während der deutsche Pass- oder Ausweisinhaber von der Behörde Auskunft über die in seinem Dokument enthaltenen verschlüsselten Merkmale verlangen kann, ist dem Ausländer dies versagt. Redaktionsversehen?

4. Die Behandlung der Nicht-EU-Ausländer

Die bisherige Betrachtung musste unvermeidlich auf Einzelheiten der Novellierungsarbeit eingehen, um deutlich zu machen, wie mühselig und oft zum Scheitern verurteilt das Geschäft *rechtsstaatlicher* Normsetzung in Zeiten dominanten *Präventionsdenkens* ist. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip läuft weitgehend leer, dem Grundsatz der Normbestimmtheit traut man wenig normative Kraft zu¹⁹, und das *Wesentlichkeitsprinzip* tut man mit leichter ministerialer Hand ab. Bei einem „Sicherheitspaket“, das ja nicht eine einheitliche Regelung „aus einem Guss“ darstellt, sondern ohnehin in zahllose „Artikel“ zerfällt, lässt sich

19 Vgl. dagegen Erhard Denninger/Thomas B. Petri, Normenklarheit und Normbestimmtheit im Polizeirecht – sieben Thesen, in: Helmut Bäumler (Hrsg.), Polizei und Datenschutz, Neuwied 1999, S. 13 ff.

auch schwer ausmachen, ob es mit dem Band der Freiheit oder dem der bürokratischen Notwendigkeit geschnürt wurde. Erst recht gilt deshalb hier der Satz: „Nicht allein der Teufel, auch die Rechtsstaatlichkeit steckt im Detail.“²⁰

Nun ist es jedoch an der Zeit, die „neue Bedrohungslage“ durch den „internationalen Terrorismus“ in ihrer konkreten historischen Situation anzusprechen. Denn der Gegner ist nicht eine fiktive, nach Weltherrschaft strebende Instanz „des Bösen“ wie im Thriller-Schema der James-Bond-Filme, sondern die aktionistische Auskristallisierung der Gedankenwelt eines militanten, fundamentalistischen Islamismus. Dass sie, etwa als Al-Qaida-Organisation, ihr logistisches und ideologisches „Hinterland“ unter dem Taliban-Regime gefunden hat, ist weder Zufall noch einzigartig. Sie kann sich also, unter anderen Führern und Namen, auch anderswo jederzeit wieder neu manifestieren. Günstige Voraussetzungen hierfür bietet ein religiös-kulturelles Umfeld, das durch niedrigen Bildungsstand, völlig Ignoranz der „westlichen“ Welt, archaische familiäre Strukturen mit einer entsprechend rechtlosen, untergeordneten Stellung der Frau und durch eine „frühmittelalterliche“ (in okzidentaler Zeitrechnung) Verbindung von Religion und Staat, kurz: durch die Absenz von Aufklärung und Emanzipation gekennzeichnet ist. Eine krassere Gleichzeitigkeit des „Ungleichzeitigen“ wie die des amerikanisch-globalisierten Kapitalismus und des talibanisch-rigorosen Islamismus ist kaum vorstellbar. Die schweren persönlichen Identitätskrisen, die hieraus resultieren können, mögen Psychologen gründlich erforschen. Aufgabe der Politiker ist es, diese kulturell-religiösen Bedingungen in ihrem Zusammenhang mit der globalen wirtschaftlichen Entwicklung und mit den dadurch mitbedingten Migrationsbewegungen zu begreifen und daraus vertretbare Konsequenzen zu ziehen. Eine allein auf Abwehr, Abschottung und Abschiebung setzende Ausländerpolitik mag punktuelle Erfolge erzielen, wirkt langfristig jedoch kontraproduktiv.²¹

Prüft man die ausländerrechtlichen Vorschriften des Terrorismusbekämpfungsgesetzes vor diesem

20 Erhard Denninger, Strafverfahren und Polizeibefugnisse, in: E. Denninger/Klaus Lüderssen, Polizei und Strafprozess im demokratischen Rechtsstaat, Frankfurt/M. 1978, S. 309.

21 Die Bedeutung einer veränderten Außenwirtschafts- und Entwicklungspolitik als Sicherheits- und Antiterrorismuspolitik wird eindrücklich herausgearbeitet von Ernst-Otto Czempel, Die Globalisierung schlägt zurück. Referat auf den Römerberg-Gesprächen im November 2001, in: Frankfurter Rundschau vom 5. 11. 2001.

Hintergrund, so sieht man, dass sie über die Einfallslöslichkeit von Versagung und Verbot nicht hinaus kommen. Einige Beispiele mögen dies belegen. Der Verein des selbsternannten „Kalifen von Köln“ könnte nach der längst fälligen Aufhebung des so genannten „Religionsprivilegs“ des § 2 Abs. 2 Nr. 3 VereinsG ohne weiteres aufgrund des bisher geltenden Vereinsrechts verboten werden, das als Verbotgründe für inländische Vereine ebenso wie für „Ausländervereine“ u. a. Verstöße gegen den Gedanken der *Völkerverständigung* oder gegen die *verfassungsmäßige Ordnung* kennt. Daran soll sich auch nichts ändern. Ein Verein, in dem Hass – etwa zwischen Arabern und Israelis – gepredigt wird, ein Verein, dessen Funktionäre Parlamentarismus, Demokratie und Menschenrechte nur so lange anerkennen wollen, wie sie und ihre Anhänger sich noch in einer Minderheitenposition befinden, ein Verein, der eine menschenrechtswidrige Strafrechtsordnung mit Auspeitschung, Handamputation und Steinigung sowie die Unterordnung der staatlichen Willensbildung unter eine theokratisch-hierarchische Offenbarungsreligion propagiert, konnte und kann also bereits nach dem bisher geltenden Recht ohne weiteres verboten werden.²² Darüber hinaus nannte der bisherige § 14 VereinsG „die innere oder äußere Sicherheit, die öffentliche Ordnung oder sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder“ als Schutzgüter.

Zwei Überlegungen, folgt man der Entwurfsbegründung, haben jetzt zu einer Neufassung der Verbotsmöglichkeiten geführt. Die erste, durchaus nachvollziehbare, zielt auf eine Angleichung der Beschränkungs- und Verbotsmöglichkeiten für *individuelle* Ausländertätigkeiten an die für *individuelle* Aktivitäten von Ausländern (im Inland) ab. Deshalb nimmt der Katalog der Verbotgründe für Ausländervereine im neuen § 14 Abs. 2 VereinsG im Wesentlichen Elemente und Formulierungen des § 37 AuslG auf. Die zweite Erwägung ist von dem Bestreben geleitet, von hierzulande existierenden „Ausländervereinen“ ausgehende Unterstützungs-Tätigkeiten für im Ausland operierende, gewaltsam oder auch nur menschenrechtswidrig handelnde „Bestrebungen“ zu unterbinden. Man muss allerdings die Erwartung des Gesetzgebers bezweifeln,²³ die neu aufgenommenen Verbotgründe des § 14 Abs. 2 Nr. 3, 4 und 5 VereinsG würden für die innere Sicherheit der Bundesrepu-

22 Vgl. den informativen Artikel „Der verlogene Dialog“ in: Der Spiegel, Nr. 51/2001, S. 44 ff.

23 Vgl. die Begründung des Fraktionsentwurfs, Drs. 14/7386, S. 123.

blik von besonderer Bedeutung sein. Denn erstens war die innere Sicherheit auch bisher schon gegen jede Gefährdung oder Verletzung rechtlich geschützt, und zweitens hätte man die „neuen“ Tatbestände des § 14 Abs. 2 (neu), die größtenteils aus § 37 Abs. 1 Nr. 4 bzw. Abs. 2 Nr. 2 und 3 AuslG wörtlich übernommen wurden, auch bisher schon auf entsprechende individuelle Aktivitäten beziehen können.

Widerspruch muss auch die Behauptung der Begründung (S. 122) erregen, die Neufassung der Verbotgründe strebe einen „konkreten und weniger wertungsbedürftigen Katalog“ an, um den unter Zeit- und Entscheidungsdruck handlungspflichtigen Sicherheitsbehörden nicht durch „vage, hochgradig auslegungsbedürftig“ formulierte Eingriffsvoraussetzungen „Steine statt Brot“ in die Hand zu geben. Eine vagere Formulierung als „die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland“ – so § 14 Abs. 2 Nr. 1 VereinsG (neu) – und eine wertungsbedürftigere Formulierung als „Bestrebungen . . ., deren Ziele oder Mittel mit den Grundwerten einer die Würde des Menschen achtenden staatlichen Ordnung unvereinbar sind“ – so der alte/neue Wortlaut in § 37 Abs. 1 Nr. 4 AuslG und § 14 Abs. 2 Nr. 3 VereinsG (neu) –, sind schwer vorstellbar. Die deutsche Rechtsordnung sollte sich damit begnügen, die hierzulande anzutreffenden Vorstellungen von Menschenwürde zu schützen. Den Ausländervereinen ist Friedfertigkeit, Achtung der inländischen Gesetze und Toleranz gegenüber Andersdenkenden abzuverlangen; das lässt sich in wenigen, klaren Worten ausdrücken. Die jetzige Fassung des § 14 VereinsG ist ein hochgradig redundanter, nebulös begrenzter juristischer Overkill, der „gutwillige“ Ausländer verunsichert und das zarte Pflänzchen „Integration“ erstickt.

Das „individuelle“ Ausländerrecht des Ausländergesetzes in der Funktion der Terrorismusbekämpfung zeigt ähnliche Züge. Die Ausweisung wird erleichtert, der Abschiebungsschutz für anerkannte politische Flüchtlinge abgeschwächt. Überall herrscht „Ausländer-Management“ unter dem Aspekt der *Prävention*: detaillierte Tatbestände, aber relativiert und „gesichert“ durch eine vage, umfassende Generalklausel; und an die Stelle der klaren Feststellung durch eine rechtskräftige Verurteilung tritt der – wenngleich durch qualifizierte Gründe gestützte – *Verdacht*.

III. Also: Freiheit durch Sicherheit?

Hat der Gesetzgeber das Fragezeichen unserer Themenstellung erkannt? Hat er überhaupt unsere Problematik – nämlich die Frage nach den Möglichkeiten einer schutzwirksamen Kompatibilität der Funktionslogiken von Rechtsstaat und Präventionsstaat, von Freiheitssicherung und Sicherheitsgewährleistung – *erkannt* und *anerkannt*? Oder folgt er blind der Hobbes'schen Dialektik von Schutz und Angst,²⁴ welche das Bundesverfassungsgericht in der „bleiernen Zeit“ der ersten Terrorismuswelle in Deutschland zu einem Kernsatz seiner „Staatstheorie“ verdichtet hat: „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*.“²⁵

Der Umstand, dass der nach dem 11. September sehr eilige Gesetzgeber wichtige Teile seiner Novellierungen (s. o. zu II. 1, 2.) auf fünf Jahre befristete und dann (in „letzter Minute“) auch noch ausdrücklich deren Evaluierung anordnete (Art. 22 Abs. 3), ließ Hoffnung aufkeimen, er könne das Fragezeichen dieses Themas ernst nehmen. Allerdings kommt es auf die Kriterien an, nach denen evaluiert wird; sie können sich auf die Effizienz und Kosten unter dem Aspekt der Sicherheit beschränken, sie könnten aber auch bis zu der notwendigen *Gesamtabwägung von Sicherheit und Freiheit* vordringen. Meine diesbezügliche Hoffnung schwand dahin, als ich feststellen musste, dass der Entwurf des Terrorismusbekämpfungsgesetzes auf dem Vorblatt und im Text der ausführlichen Allgemeinen Begründung das Wort „Sicherheit“ 37-mal,²⁶ das Wort „Freiheit“ jedoch nicht ein einziges Mal verwendet.

Vielleicht ist dies dem Ernst der Lage angemessen; voreilige negative (Kurz-)Schlüsse sind nicht am Platze. „Wenn organisierter Terrorismus und technisches Risiko einander kumulativ begegnen“, dann kann die „Risikogesellschaft“ rasch zur

24 Die schon seine vorzeitige Geburt infolge der Nachricht vom Heranrücken des Feindes, der spanischen Armada im britische Gewässer im April 1588, prägte: Seine Mutter „did bring forth Twins at once, both Me, and Fear“, schreibt Hobbes später; zit. nach Iring Fetscher (Hrsg.), Thomas Hobbes, *Leviathan*, Neuwied 1966, S. XI.

25 BVerfGE 49, 24, 56 f., 1. 8. 1978 (Kontaktsperregesetz). Hervorh. nicht im Original.

26 Allerdings auch in Composita wie „Sicherheitsbehörde“.

„Katastrophengesellschaft“ absinken, war meine Sorge vor zwölf Jahren.²⁷ Die Benutzung vollgetanker und -besetzter Großflugzeuge als Raketen gegen Wolkenkratzer zeigt die fürchterliche Potenzierung der Zerstörungskraft, wenn organisierter, religiös und/oder politisch motivierter Terror die kriminelle mit der technisch-physikalischen Energie verbindet. Wenn dann, wie geschehen, der auf andere gerichtete Vernichtungswille sich noch mit dem Willen zur Selbstzerstörung multipliziert, dann scheidet sogar das ethisch bescheidene, aber realistische Modell Kants der Rechtsstaatsgründung oder des friedlichen Zusammenlebens der Menschen. Nach Kant ist dieses Problem „selbst

27 Erhard Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden 1990, S. 25.

für ein Volk von Teufeln“ auflösbar, „*wenn sie nur Verstand haben*“, was hier so viel heißt wie fähig sein zu „zweckmäßigem Handeln im Interesse der Selbsthaltung“.²⁸ Eben dieses Interesse fehlt aber bei den Selbstmord-Terroristen oder gleitet ins Irrationale ab. Eine Sicherheitsgesetzgebung wird also auf deren „verständige Kooperation“ nicht einmal im negativen Sinne der Reaktion auf Abschreckung setzen können. Doch sollte der Gesetzgeber jene Ausnahmeerscheinungen nicht exemplarisch nehmen. Die meisten „Teufel“ im Sinne Kants, denen wir begegnen, haben wenigstens „Verstand“.

28 Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden*, 2. Abschnitt, Definitivartikel, 1. Zusatz. Werke in sechs Bänden, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VI, Darmstadt 1964, S. 224.