

Der Verfassungsstaat als Friedensgarant (II)

Josef Isensee

Der erste Teil dieses Essays erschien in der April-Ausgabe der Politischen Meinung, Nr. 413, 2004.

Es steht außer Zweifel: Der Staat ist aufgrund seiner Verfassung dazu gehalten, die Sicherheit seiner Bürger zu gewährleisten. Das Grundgesetz regelt Fragen der äußeren Sicherheit eingehend in der Wehrverfassung. Dagegen erwähnt es die der inneren Sicherheit nur am Rande, als Grundrechtsschranke (der Wohnungsfreiheit in Artikel 13 Absatz 4), als Ziel polizeilicher Amtshilfe (Artikel 35 Absatz 2), als Gegenstand einer Gesetzgebungs-kompetenz (Artikel 73 Nummer 10). Die innere Sicherheit scheint eher Sache des einfachen Gesetzes zu sein. In der Tat gehört sie nicht zu dem klassischen Themenkanon des Verfassungsgesetzes, wie er sich seit dem achtzehnten Jahrhundert entwickelt hat, der Trias Demokratie, Grundrechte, Gewaltenteilung. Der spezifische Sinn des Verfassungsgesetzes geht dahin, den Staat in Form zu bringen, sein Handeln aus der Volkssouveränität zu begründen und um der Freiheit des Individuums willen rechtlich zu lenken und zu begrenzen. Als sich die leitbildhaften Verfassungen Ende des achtzehnten Jahrhunderts entwickelten, hatte die Menschheit die Lektionen Bodins und Hobbes' bereits gelernt und umgesetzt; nun stand sie vor der Aufgabe, die darauf aufbauenden, weiterführenden Lehren Lockes, Montesquieus, Rousseaus und Kants zu realisieren. Dazu diente das Instrument des Verfassungsgesetzes. Die liberalen und demokratischen Ideen erhielten posi-

tivrechtliche Gestalt in den Grundrechten und staatsorganisatorischen Normen. Die Staatsaufgabe Sicherheit blieb dahinter zurück, auch wenn sie in frühen amerikanischen und französischen Verfassungstexten sowie im Preußischen Allgemeinen Landrecht noch ausdrücklich genannt wurde. Aufs Ganze gesehen, bildet sie weniger den Gegenstand des Verfassungsgesetzes als die notwendige Voraussetzung seiner Institutionen. Als Voraussetzung aber gilt sie als selbstverständlich. Das Selbstverständliche bedarf jedoch keiner verfassungsrechtlichen De-klaration.

Das Verfassungsgesetz bildet ein rechtspraktisches Regelwerk und kein systematisches Lehrbuch. Die Verfassungsinterpretation kommt freilich nicht umhin, die ungeschriebenen Voraussetzungen aufzudecken. Zu diesen gehören der Hoheitscharakter und der Gehor-samsanspruch des Gesetzes, das Gewalt-monopol des Staates und die Friedens-pflicht des Bürgers. Letztere wird im Text des Grundgesetzes sichtbar in der Formel „friedlich und ohne Waffen“ als der apriorischen Schranke der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 Absatz 1) und in dem Vorbehalt des Staatsdienstes für die hoheitsrechtlichen Befugnisse (Artikel 33 Absatz 4). Die Verfassung verträgt keine introvertierte Auslegung, die sich vor der *ratio essendi* des Staates verschließt, den sie in Form bringen soll. Das Bundes-verfassungsgericht bringt den Staat als Argument ein, wenn es bei der Prüfung des Kontaktsperregesetzes feststellt: „Es

wäre eine Sinnverkehrung des Grundgesetzes, wollte man dem Staat verbieten, terroristischen Bestrebungen, die erklärtmaßen die Zerstörung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zum Ziel haben und die planmäßige Vernichtung von Menschenleben als Mittel zur Verwirklichung dieses Vorhabens einsetzen, mit den erforderlichen rechtsstaatlichen Mitteln wirksam entgegenzutreten. 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.“

Sicherheit als Voraussetzung

Nach verbreiteter Meinung streiten Freiheit und Sicherheit widereinander. Sicherheit erscheint unverträglich der Freiheit, sogar unverträglich dem Rechtsstaat. „Die an Freiheit und Autonomie des Einzelnen orientierte Funktionslogik des liberalen Rechtsstaates und die an Sicherheit und Effizienz orientierte Logik des Sicherheits- oder Präventionsstaates schließen einander aus.“ Es gilt als Ausweis „linksliberaler“ Rechtspolitik, entschieden Partei für die Freiheit zu nehmen, die Sicherheit als freiheitsbedrohlichen Gegenwert zu begreifen und staatliche Vorehrungen zu dessen Durchsetzung möglichst zu minimieren: *in dubio pro libertate*.

Verfassungsrechtlich gesehen, ist diese Parole fehl am Platz. Sie passt auf die duale Beziehung zwischen Individuum und Staat und bedeutet hier: so viel Freiheit wie möglich, so wenig gesetzliche Freiheitsbeschränkung wie nötig. Doch sie passt nicht auf die dreiseitige Beziehung Staat – Störer – Opfer. Die Parteinaahme für die Freiheit käme hier der Freiheit des Rechtsbrechers zugute. Die liberale Vermutung für die Freiheit greift erst, wenn

zwischen den Inhabern der Freiheit Frieden waltet, den der Staat zu garantieren hat. Die klassische Theorie des Liberalismus, wie sie Wilhelm von Humboldt und Immanuel Kant repräsentieren, betrachtet daher die Gewähr der Sicherheit als den notwendigen Zweck des Staates, und zwar als den einzigen legitimen. Die Freiheit als solche bildet für sie keinen Staatszweck. Sie ergibt sich von selbst, wenn ihr Fundament, die Sicherheit, gefestigt ist und ihre rechtlichen Rahmenbedingungen gewährleistet werden. Freiheit und Sicherheit liegen also auf verschiedenen Ebenen. Die Sicherheit ist Voraussetzung der Freiheit. Diese entfaltet sich nur in einem Gesamtzustand der Zivilität. Im *status naturalis* gibt es keine Grundrechte. Was aber der *status naturalis* ist, das braucht man nicht bei englischen Philosophen des siebzehnten Jahrhunderts nachzulesen. Es genügten Zeitungsberichte über den Irak im Interim. Die „natürliche“ Freiheit, die hier waltet, ist die Freiheit zu töten, zu plündern, aber auch sich nach Kräften seiner Haut und seiner Habe zu wehren. Diese Art von Freiheit streben die Grundrechte nicht an. Sie gelangen erst zur Wirksamkeit, wenn die Privaten darauf verzichten, körperlichen Zwang anzuwenden oder anzudrohen, und allein der Staat sich dieses Mittels bedienen darf, um den Frieden zu gewährleisten und das Recht durchzusetzen. Die Gegenleistung des Staates für den Gewaltverzicht des Bürgers und seinen Rechtsgehorsam ist der staatliche Schutz seiner Person und seiner Rechte, somit eine Bedingung der Möglichkeit von Freiheit: dass nämlich, kantianisch gesprochen, die Freiheit des einen mit der des anderen nach verallgemeinerungsfähigen Kriterien bestehen kann. Im Unterschied zur natürlichen Freiheit ist die grundrechtliche für jeden ihrer Inhaber gleich zugemessen, ohne Rücksicht auf die jeweilige Kraft, Gewandtheit, Intelligenz.

Sicherheit ist auch Schranke der Freiheit. Für die natürliche Freiheit versteht sich das von selbst. Die grundrechtliche aber besteht nur im Rahmen der staatlichen Friedensordnung nach Maßgabe des Gewaltmonopoles. Der Friedlichkeitsvorbehalt, unter dem die Versammlungsfreiheit steht, gilt für alle Freiheitsrechte. Die Interpreten streiten, ob der Einsatz privater Gewalt an sich von den Schutzbereichen der Freiheitsrechte gedeckt und erst *ex posteriori* durch ein gesetzliches Verbot eingeschränkt wird, das der Abwägung am Übermaßverbot standhält, oder ob er *a priori* außerhalb der Schutzbereiche liegt, sodass hier nicht abzuwagen, sondern nur abzugrenzen ist. Die zweite Lösung verdient den Vorzug, weil es ein Selbstwiderspruch der Rechtsordnung wäre, wenn sie auf der einen Seite eine grundrechtliche Freiheit anbietet, die sie auf der anderen Seite stets dementieren müsste. Der Übergriff als solcher erhält also keinen grundrechtlichen Schutz. Doch der Störer wird deshalb nicht grundrechtsunfähig. Wenn und soweit Gesetze und deren Vollzug in die Freiheit der Person oder sonstige Grundrechte des Störers oder eines Unbeteiligten eingreifen, müssen sie sich der allgemeinen Rechtfertigungsprozedur unterwerfen. Der Vorbehalt des Gesetzes gilt schon aus objektiv-rechtsstaatlichen Gründen für alle Normbefehle, gleich, ob ihnen konstitutive oder nur deklaratorische Bedeutung eignet.

Die Grundlage des rechtsstaatlichen Sicherheitskonzeptes ist heute brüchig geworden. Der Staat neigt dazu, private Gewalt wie überhaupt privaten Rechtsbruch in bestimmtem Umfang hinzunehmen, und er hält sich einiges auf seine Liberalität zugute; mit Nachdruck und Konsequenz tritt er eigentlich nur noch ihren politisch verpönten rechtsradikalen Erscheinungen entgegen. Ihm fehlen freilich die hinlänglichen personellen und sächlichen Mittel, um ihr wirksam zu be-

gegnen. In die Lücken drängen die privaten Sicherheitsdienste. In der Zeit von 1992 bis 2002 hat sich die Zahl der Wach- und Sicherheitsunternehmen in Deutschland von 1290 auf 3000, ihr Umsatz von 1,95 Milliarden Euro auf 3,8 Milliarden Euro erhöht. Der Nationalökonom mag sich über eine rare Wachstumsbranche freuen. Staatsrechtlich gesehen, ist sie bedenklich: Das private Notwehrrecht, im modernen Staat nur für den Ausnahmefall der Abwesenheit des staatlichen Schutzes konzipiert, gerät zur normalen Rechtsgrundlage im Alltag. Sicherheit, die an sich unentgeltlich geschuldete Vorleistung des Staates, muss gekauft werden; das gilt freilich nur für den, der sich den Kaufpreis leisten kann. Ein soziales Problem neuer Art tritt auf, das sich steigerte, wenn die amerikanische Tendenz, *gated cities* zu bilden, sich hier zu Lande ausbreiten sollte.

Grundrechtliche Schutzpflichten

Sicherheit bezieht sich auch auf die in den Grundrechten verkörperten Rechtsgüter des Einzelnen: Leben, Gesundheit, Eigentum, Freiheit und Würde der Person. Diese werden von den Grundrechten in zweifacher Richtung gesichert: gegen ungerechtfertigte Eingriffe der Staatsgewalt und gegen Übergriffe Privater. Das Grundgesetz verpflichtet alle staatliche Gewalt, die Würde des Menschen „zu achten und zu schützen“, sie also nicht selbst zu verletzen, und zu verhindern, dass Verletzungen durch andere erfolgen. Schutz also vor dem Staat und durch den Staat. Darin sind die zwei Grundrechtsfunktionen der Abwehr und des Schutzes exemplarisch bezeichnet.

In der Schutzpflicht verbindet sich die Staatsaufgabe Sicherheit mit den Grundrechten. Das Opfer des privaten Übergriffes erhält einen grundrechtlichen Status, ohne dass der Störer den seinigen verliert. Mit der Anerkennung der Schutzpflichtendoktrin erweist sich der

Schutz des Opfers nicht mehr als bloßer Reflex der Sorge des Staates für die öffentliche Sicherheit, sondern auch als Erfüllung einer Pflicht, die er ihm, dem individuellen Grundrechtsträger, schuldet. Freilich bleibt die Schutzpflicht im objektiven Recht verankert. Doch entspringt aus diesem das subjektive Recht des Gefährdeten auf Schutz (allerdings in der Regel nicht auf bestimmte Maßnahmen des Schutzes). In der grundrechtlichen Schutzpflicht erneuert sich die alte Lehre vom Staatsvertrag, dass, wer sich in eine Gemeinschaft einfügt, Anspruch auf deren Schutz hat.

Eine andere Bedeutung hat das „Recht auf Freiheit und Sicherheit“, wie es Artikel 5 Absatz 1 Seite 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention und Artikel 6 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vorsehen. „Recht auf Sicherheit“ meint den Schutz vor willkürlicher Verhaftung in der Tradition der Habeas-corpus-Garantien.

Die Unterschiede zu den Grundrechten in ihrer Abwehrfunktion werden damit nicht eingebettet. Diese gewährleisten einen *status negativus*, indes die Schutzpflichten einen *status positivus* sichern. Sie sind unmittelbar verbindlich, indes jene angelegt sind auf die Vermittlung durch das Gesetz.

Der Störer ist seinerseits Grundrechtssubjekt. Die Grundrechte gewährleisten ihm zwar nicht die Freiheit zum Rechtsbruch, doch schützen sie ihn vor ungerechtfertigten und unangemessenen Sanktionen. Die Schutzpflicht gibt dem Staat das Ziel vor, um dessentwillen er in Grundrechte des Störers eingreift. Doch der Eingriff muss sich, gemessen am Schutzziel, als geeignet, angemessen und erforderlich erweisen. Als Faustregel gilt: Je enger der Bezug eines Eingriffes zur Wahrung der körperlichen Sicherheit ist, desto leichter fällt seine Rechtfertigung. Deren Anforderungen steigern sich mit der Entfernung von diesem Ziel. Das Ziel

wie das Mittel sind jeweils grundrechtlich determiniert. Das staatliche Handeln wird rechtlich gebunden, gesteuert und begrenzt. Achtung von Freiheit und Herstellung von Sicherheit sind Aufgaben des Rechtsstaates. Er bewährt sich nicht nur in der Zurücknahme seiner Macht, sondern auch in deren Einsatz.

Täter wie Opfer können sich also auf Grundrechte berufen. Droht nicht eine Pattlage, wenn etwa, wie in den Fällen der Geiselnahme durch Bankräuber, Leben gegen Leben steht? Die liberale Patentformel *in dubio pro libertate* greift nicht, weil Grundrecht wider Grundrecht streitet. Ein Dilemma also? Paul Kirchhof bemerkt dazu: „In diesem und ähnlichem Extremfall gibt ein weiteres Rechtsgut, der Geltungsanspruch der Gesamtrechtsordnung, den Ausschlag. Die Entscheidung der Staatsorgane muss stets so weit als möglich der Rechtsordnung Geltung verschaffen. Das in den Grenzen der Rechtsordnung verbleibende Opfer verdient den vorrangigen Schutz des Staates.“

Die Schutzpflicht markiert das Ziel. Doch damit legt sie noch nicht auf Verfassungsebene das Mittel fest. Darüber entscheiden die zuständigen Staatsorgane. Soweit der Schutz des Opfers sich durch einen Eingriff gegen andere, Störer oder Unbeteiligte, realisiert, ist eine gesetzliche Ermächtigung erforderlich. Diese stellen die Normen des Polizei- und Ordnungsrechtes, des Strafrechtes wie sonstiger Rechtsgebiete her, die Sanktionen gegen private Übergriffe vorsehen. Dem Vorbehalt des Gesetzes würde nicht Genüge getan, wenn die Polizei in dem Grenzfall, in dem allein der finale Schuss die Opfer einer Geiselnahme retten kann, auf das Notwehrrecht verwiesen würde. Dem Privaten kommt dies in der Ausnahmesituation zu, dass staatliche Hilfe ausbleibt, nicht jedoch dem staatlichen Inhaber des Gewaltmonopoles. Doch er ist von Verfassung wegen verpflichtet,

zwecktaugliche Mittel bereitzustellen, die der Art und Größe der Gefahr gewachsen sind.

Schlechthin versagt ist ihm, Mittel einzusetzen, welche unvereinbar mit der Würde des Menschen sind.

Im Grenzfall

Umstritten ist, wo genau die Grenze der Tabuzone verläuft. So wird die These vertreten, dass eine akustische oder optische Überwachung von Wohnraum in jedem Fall gegen die Menschenwürde der Betroffenen verstöße, gleich ob sie der Strafverfolgung oder der Gefahrenabwehr diene. Der verfassungändernde Gesetzgeber setzte sich jedoch über diese Bedenken hinweg, als er im Jahr 1998 Maßnahmen solcher Art unter strengen, detailliert ausformulierten Bedingungen zuließ. Mit dieser (nahezu) authentischen Verfassungsinterpretation hatten sich die Einwände erledigt, es sei denn, sie kehrten sich nun gegen das Grundgesetz selbst und deklarierten die verfassungändernden Regelungen zu „verfassungswidrigem Verfassungsrecht“, einer theoretisch denkbaren, aber praktisch so gut wie ausgeschlossenen, im vorliegenden Fall auch nicht plausibel begründeten Möglichkeit. Das Bundesverfassungsgericht neigt nicht dazu, aus der Menschenwürde absolute Verbote zu deduzieren.

Nach herrschender Auffassung gilt aber das absolute Verbot der Folter. Das Wort allein weckt schon moralischen Abscheu und erübrigt eine Diskussion. Das grundgesetzliche Verbot der körperlichen und seelischen Misshandlung wird denn auch als uneinschränkbar verstanden. Für das Strafverfahren ist diese Auslegung unabweislich. Doch gilt das Verständnis als absolutes Verbot auch für die Gefahrenabwehr in jenem Grenzfall, in dem der Zwang zur Aussage das einzige Mittel ist, um den terroristischen Angriff mit nuklearen oder biologischen Waffen abzuwehren? Die Frage kann nur juris-

tisch geprüft werden, wenn zuvor für semantische Sachlichkeit gesorgt wird: nicht von Folter die Rede ist, sondern von Verwaltungszwang. Auch dieser ist von Gesetzes wegen unzulässig. Dagegen streitet jedoch im Grenzfall die grundrechtliche Schutzpflicht zu Gunsten des Lebens der Opfer. Im Notfall, so das Bundesverfassungsgericht, kann das Leben auch ohne gesetzliche Ermächtigung, sogar mit einem ungesetzlichen Mittel, als Folge einer Güterabwägung geschützt werden. Dagegen bildet durchweg das Erfordernis der Zwecktauglichkeit ein rechtliches Hindernis, weil erzwungene Auskünfte dubiosen Wert haben. Die Menschenwürde des Täters aber, die von Verfassung wegen unbedingt zu achten ist, kann, falls sie überhaupt berührt wird, nicht jedwede Güterabwägung schon im Ansatz blockieren, weil auf der anderen Seite die Menschenwürde des Opfers steht, die von Verfassung wegen zu schützen ist. Im Unterschied zum Strafprozess kommt dem inhaftierten Terroristen, der durch seine Aussage eine Katastrophe verhindern kann, hinsichtlich der Gefahrenabwehr kein Schweigerecht zu. Im Gegenteil: Er ist rechtlich verpflichtet, die Umstände, die zur Abwendung der Gefahr erheblich sind, zu offenbaren. *Sub specie* der grundrechtlichen Schutzpflichten kann das praktische Ergebnis für den Eingriff in die körperliche Unversehrtheit nicht anders ausfallen als das für den Eingriff in das Leben, wenn im äußersten Grenzfall kein anderer Weg für die Rettung des Opfers offen steht.

Sicherheit versus Datenschutz

Die Anti-Terror-Gesetze, die das Parlament unter dem Eindruck der Anschläge in den USA mit breiter Mehrheit beschloss, erweitern die Befugnisse der Nachrichtendienste und der Bundespolizeibehörden, etwa in der Beobachtung des Vorfeldes transnational-terroristischer Bestrebungen, Überwachung des

Geld-, Reise- und Postverkehrs, der Telekommunikation, der Ausländervereine et cetera. Im Wesentlichen laufen die Rechtsänderungen darauf hinaus, den Zugriff der Exekutive auf Daten zu erweitern und zu erleichtern. Regelungen solcher Art lösen in Deutschland den reflexhaften Protest aus, dass der Rechtsstaat dem Überwachungs- und Präventivstaat weiche und dass die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit gestört werde.

Es stehe dahin, ob einzelne oder mehrere der disparaten Vorschriften der Anti-Terror-Gesetze juristische Kritik verdienen, weil sie etwa gegen Grundrechte verstößen, hinter dem Gebot rechtsstaatlicher Bestimmtheit zurückbleiben oder weil die Kompetenz prekär ist. Offen mag bleiben, ob und wieweit die Regierenden die Rechtsänderungen ohnehin geplant hatten und nun die günstige politische Wetterlage nutzen. Vollends stehe dahin, ob und wieweit es sich um effektive Rechtsänderungen handelt oder um symbolische Aktionen zur Beruhigung der Bevölkerung, *ut aliquid fieri videatur*; es geschähe nicht das erste Mal. Dagegen ist eine grundsätzliche Betrachtung angebracht zur Balance zwischen dem Schutz der physischen Freiheit der Bürger und dem Schutz ihrer Daten.

Die bestehende Rechtslage und die rechtpolitischen Probleme, die sie bereitet, sind die Folge der Expansion des Datenschutzes, die das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1983 initiiert hat mit der Kreation des „Grundrechtes auf informationelle Selbstbestimmung“, der Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen, und mit dem Schutz vor der Ungewissheit darüber, „wer was wann und bei welcher Gelegenheit“ über ihn weiß. Zuvor konnten die Sicherheitsbehörden im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach Ermessen Personen observieren und Daten sammeln,

nutzen, speichern, löschen und im Wege der Amtshilfe weitergeben. Nun haben sich diese schlichthoheitlichen Tätigkeiten in Eingriffe verwandelt, die nach formalgesetzlicher Grundlage verlangen. Wo die Behörden bisher frei agieren konnten, stoßen sie nun auf die Mauer eines grundrechtlichen Schutzbereiches, in den sie nur eindringen dürfen, wenn und so weit der Gesetzgeber ihnen eine Pforte auftut; die Pforten aber sind überaus eng. Dagegen dehnt sich der Schutzbereich weit. Er erfasst nicht nur die Intimsphäre, sondern auch öffentliches Wirken wie die Teilnahme an einer Demonstration oder Bürgerinitiative, nicht nur persönliche Daten wie solche der Gesundheit, sondern auch sachliche wie die des Stromverbrauches.

Unter diesen Auspizien erzeugt die Bedrohung durch Terrorismus in Deutschland Regelungsaufgaben für den Gesetzgeber, die in Staaten ohne analoge Datenempfindlichkeit von der Exekutive guten verfassungsrechtlichen Gewissens gelöst werden. Die neuartige Bedrohung verlangt, dass die Sicherheitsbehörden das Vorfeld der Gefahr beobachten und den Zugriff auf verdachtsrelevante Daten erhalten.

Damit die Sicherheitsbehörden überhaupt handlungsfähig bleiben und ihnen das Drei-Affen-Schicksal, nichts hören, nichts sehen, nichts sagen zu dürfen, erspart bleibt, sehen die Gesetze ausführliche, subtile, perfektionistische Ermächtigungen mit komplizierten Kautelen vor. Exemplarisch ist das Polizeigesetz Nordrhein-Westfalens. Während die hergebrachten Tatbestände empfindlicher Eingriffe in Freiheit und Eigentum wie Gewahrsam und Durchsuchung dreizehn Paragraphen ausmachen und die Vorschriften über den Polizeizwang einschließlich Schusswaffengebrauch siebzehn Paragraphen, beansprucht der junge Unterabschnitt „Datenverarbeitung“ 24 Paragraphen, gut die Hälfte des ganzen Gesetzes-

textes. Groteske Proportionen! Goethes Wort bestätigt sich, „dass der Deutsche doch alles zu einem Äußersten treibt“ und dass ihm selbst nüchterne Vernunft zu Schwarmgeisterei auswächst. Dass aber Datenschutz an sich Gebot praktischer Vernunft ist, steht außer Zweifel.

Hier zu Lande weckt jede Flexibilisierung des Datenschutzes den Vorwurf, damit werde der Rechtsstaat vermindert, unter der stillschweigenden Prämisse, dass der Schutz vor terroristischer Gefahr keine rechtsstaatliche Aufgabe sei. Die Kritiker identifizieren eine kaum zwei Jahrzehnte alte Verfassungsauslegung und Gesetzeslage mit der Rechtsstaatlichkeit an sich, die, das wäre die Konsequenz, zuvor in Deutschland noch nicht präsent gewesen sein müsste. Aus historischer Distanz könnte man eher von einer Renormalisierung des Rechtes der Gefahrenabwehr sprechen, wenn nun das Pendel der Rechtspolitik zurückschwingt.

Über der subjektiven abwehrrechtlichen Seite des Datenschutzes wird heute die objektive Aufgabe des Staates vernachlässigt, sich über die Realien und deren Entwicklung zu informieren, die für sein Handeln bedeutsam sind oder bedeutsam werden können, also in angemessenem Umfang Daten zu erheben, zu speichern und auszuwerten. Eine solche „Informationsvorsorge“ ist gerade auf dem Feld der Sicherheit unerlässlich.

Notwendige Anpassung

Die praktischen Erfordernisse sollten dazu führen, dass die Interpretation des neuen Grundrechtes zum richtigen Maß im Vergleich mit anderen Grundrechten, auch in ihrer Schutzfunktion, findet. Die Interpretation der Datenschutzgarantie bedarf der Desensibilisierung. Die Grundrechtsdogmatik, die bisher ihre Aufgabe darin gesehen hat, die eine Kategorie des Eingriffes immer weiter zu dehnen und ihr

immer größeres Anwendungsterrain zu erschließen, sollte davon absehen, auf Biegen und Brechen jedweden lästigen Staatskontakt als Eingriff zu bewerten und so unterschiedliche Formen grundrechtlicher Betroffenheit wie die Rasterfahndung und die Festnahme derselben Rechtfertigungsprozedur zu unterwerfen. Es wäre an der Zeit, die gute alte Unterscheidung zwischen schlichthoheitlichem und obrigkeitlichem Staatshandeln zu reaktivieren und für die Grundrechtsanwendung fruchtbar zu machen. Im Übrigen sollte innerhalb des Datenschutzes stärker nach den Sphären der Schutzbedürftigkeit differenziert werden. Auf Dauer wird sich auch der Datenschutz dem Regime der rechtsstaatlich bewährten Generalklausel nicht entziehen können, die mehr Rechtsicherheit und Transparenz gewährleistet als die unübersichtlichen, rasch veränderlichen Spezialregelungen.

Wenn der Staat als Friedensgarant im Blickfeld des Themas liegt, so darf doch nicht vergessen werden, dass es um die Sache der Bürger geht. Deren Sein und Haben steht auf dem Spiel. In ihrer Hand liegt es letztlich, ob der Frieden gehalten oder gebrochen wird. Dem Staat stehen zwar spezifische und exklusive Mittel zur Verfügung, um Gefahren zu wehren, doch sie reichen nur aus, um gegen einzelne Störer vorzugehen, nicht aber gegen die Bürger insgesamt, wenn sie den Frieden auf ganzer Linie aufkündigen. Zwischen seiner umfassenden Garantienpflicht und seinen begrenzten Mitteln klafft eine Diskrepanz. Sie ist um der Freiheit willen unvermeidlich. Überbrückt wird sie nicht durch rechtlichen Zwang, sondern lediglich durch die Verfassungserwartung, dass die Bürger ihre Friedenspflicht, die apriorische Grundpflicht, aufs Ganze gesehen einhalten. Die Erfüllung dieser Grundpflicht kann der Staat nicht eintreiben, sondern nur einwerben.