



Bijan Moini, München

Freiheit und Sicherheit

Versuch einer Rationalisierung der Rolle des Rechts angesichts terroristischer Bedrohung im Rahmen des 2-Güter-Modells

Jeder (Rechts-)Staat sucht das seinen Bürgern wünschenswert erscheinende Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit zu realisieren. Dabei ist ab einem gewissen Grad der Verstaatlichung ein Mehr an Sicherheit stets mit einem Weniger an Freiheit verbunden und umgekehrt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im Zeitverlauf den absoluten Veränderungen beider Größen im Verhältnis zueinander unterschiedliche gesellschaftliche Bewertungen zukommen.

Der Autor entwickelt ein dieser Vorstellung entsprechendes 2-Güter-Modell, infolgedessen er vier allgemeine Funktionen des Rechts herausarbeitet: die Justierung des gesellschaftlich gewollten Freiheits-Sicherheits-Gefüges; die Gewährleistung eines Trägheitsmoments im politischen Prozess; die Orientierung in Zeiten von Unsicherheit; sowie die Funktion der Schrankensetzung zur Bestimmung unveräußerlicher Freiheit und Sicherheit.

Optimalerweise kommen alle vier dargestellten Funktionen des Rechts bei Auftritt eines terroristischen Anschlags - der sich im Modell als positiver Schock der Nachfrage nach Sicherheit darstellen lässt - zum Tragen. Funktioniert ihr Zusammenspiel, so garantieren sie einen rationalen und verantwortungsvollen Umgang mit terroristischen Gefahren.

S. 153

- HFR 11/2009 S. 1 -

- 1 Der Staat ist dem Bürger ein Diener. Seine Pflicht ist die Förderung und Bewahrung des Wohls der in ihm lebenden Menschen. Dem war nicht immer so. Es gab Zeiten, da war der Staat nur den Herrschern etwas Gutes, und noch frühere, da war er überhaupt nicht. Thomas Hobbes hatte als erste Funktion des Staates erkannt, dem Bürger Sicherheit zu garantieren. Ein Leviathan sollte er sein, ein mächtiges Wesen, das die sich Streitenden zur Not durch Gewalt zur Raison würde bringen. Alles habe einem Sicherheit stiftenden Herrscher Gehorsam zu leisten. John Locke gab dem Staat eine zweite Aufgabe: die Gewährleistung der freien Entfaltung des Einzelnen. Der Staat müsse jene Bedingungen schaffen, unter welchen jeder Mensch in Freiheit leben könne. Dies also – Sicherheit und Freiheit – sind zwei der Grundfesten unseres modernen westlichen Staatswesens; der Staat hat uns – neben anderem – Sicherheit zu garantieren in größtmöglicher persönlicher Freiheit. Das Problem nun liegt darin, dass sich diese beiden Konzepte quasi-diametral gegenüberstehen. Dem Staat kommt es zu, die von der Gesellschaft geforderte Balance zwischen ihnen zu halten – eine Balance, welche durch die terroristische Bedrohung erheblich gestört werden kann.
- 2 Diese Abhandlung wird vermittels eines 2-Güter-Modells von Freiheit und Sicherheit versuchen, die diesbezügliche Bedürfnislage einer Gesellschaft zu rationalisieren. Hieraus lassen sich dann vier zentrale Funktionen des Rechts ableiten, denen in Zeiten des Terrors eine herausragende Rolle zukommt.

S. 154

- HFR 11/2009 S. 2 -

3 **Problemstellung: Der Zielkonflikt zwischen Freiheit und Sicherheit**

Freiheit und Sicherheit schließen sich nicht gegenseitig aus. Es gibt viele freie Gesellschaften, in denen Bürger in Sicherheit leben. Allerdings ist doch festzustellen, dass nach Verstaatlichung das eine Gut durch politische Maßnahmen regelmäßig nur zulasten des

anderen erhöht werden kann. Beschließt der Staat, die Sicherheit seiner Bürger des Nachts zu verbessern und installiert er deshalb Infrarotkameras, so mag damit ein Mehr an Sicherheit erreicht worden sein; der Bürger aber sieht sich in seiner Freiheit, unbeobachtet seinem Nachtleben nachzugehen, beschränkt.

- 4 Jeder Mensch hat sein persönliches Wunschverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit. Ein jeder kann für sich entscheiden, ob ihm das versprochene Mehr an Sicherheit durch einen biometrischen Pass das mögliche Weniger an Unbeschwertheit, an Freiheit wert ist. Was auf einzelne Maßnahmen angewendet werden kann, ist auch für einen Blick auf den ganzen Staat geeignet: jeder Bürger mag eine individuelle Vorstellung darüber haben, ob der Staat, in dem er lebt, zu viel Wert auf Sicherheit legt oder die Freiheit des Einzelnen auf Kosten der ersteren zu hoch hält. Ein freiheitsliebender Bürger wäre womöglich gerne bereit, etwas Sicherheit aufzugeben, um dafür mehr von seinem präferierten Gut genießen zu können. Dieser Tauschprozess könnte solange geführt werden, bis diese Person gerade indifferent wäre zwischen noch ein Bisschen mehr Freiheit oder Sicherheit. Das so erreichte Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit ist für diese Person optimal.
- 5 Dieses Modell eines Trade-off kann ebenso auf eine Gesellschaft als Ganzes – im Sinne eines Mittelwerts aller individuellen Präferenzen – angewendet werden. Jede Gesellschaft kann einen Punkt auf dem Spektrum an möglichen Freiheit/Sicherheit-Verhältnissen finden, bei dem sie gerade indifferent wäre, das eine Gut gegen das andere zu tauschen; an diesem einen Punkt wäre diese Gesellschaft hoch zufrieden.

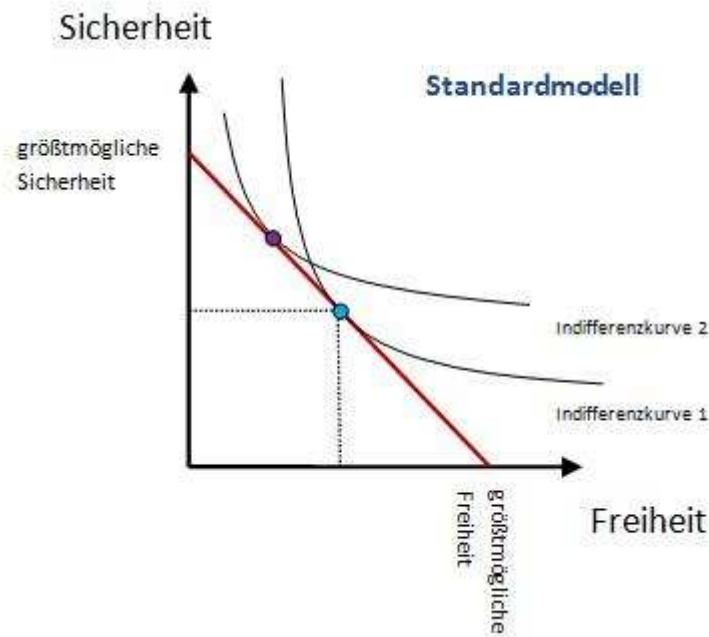
S. 155

- HFR 11/2009 S. 3 -

6 Ein 2-Güter-Modell gesellschaftlicher Bedürfnisse

In den Wirtschaftswissenschaften könnte man in diesem Zusammenhang von einem „2-Güter-Modell“ sprechen. In diesem Modell kann jeder Staat ein bestimmtes Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit wählen. Dabei wird angenommen, vollkommene Sicherheit sei nur unter Aufgabe sämtlicher Freiheit möglich; und umgekehrt sei vollkommene Freiheit nur unter Aufgabe jeglicher Sicherheit denkbar. Jede vernünftige Gesellschaft wird sich für ein Modell zwischen diesen Extrempositionen entscheiden. Die eine mag mehr Wert auf Freiheit als andere legen, denn jede Gesellschaft hat ihre eigenen Präferenzen. Sie wählt gemäß ihrer individuellen *Indifferenzkurve* das rechte Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit; diese Indifferenzkurve beschreibt – vereinfachend – die Menge all jener Freiheit/Sicherheit-Bündel, bei denen eine Gesellschaft zufrieden ist. Die rote Möglichkeitengerade beschreibt die Menge aller praktisch möglichen Freiheit/Sicherheit-Bündel. Aus Sicht der Gesellschaft ist jenes eine Bündel optimal, in welchem die Steigung der Möglichkeitenkurve gerade der Steigung der Indifferenzkurve entspricht (blauer Punkt). Dabei ist jedoch die Krümmung der Indifferenzkurve nicht starr. Es gibt Zeiten, da ist das Bedürfnis nach Sicherheit gering; und andere, da wecken plötzliche Ereignisse die Sehnsucht nach staatlichen Schutzmaßnahmen. Die Präferenzen – und damit die Indifferenzkurve – der Gesellschaft ändern sich also in Abhängigkeit solcher exogener Faktoren. Somit ergibt sich auch ein neues optimales Freiheit/Sicherheit-Bündel (violetter Punkt).

7

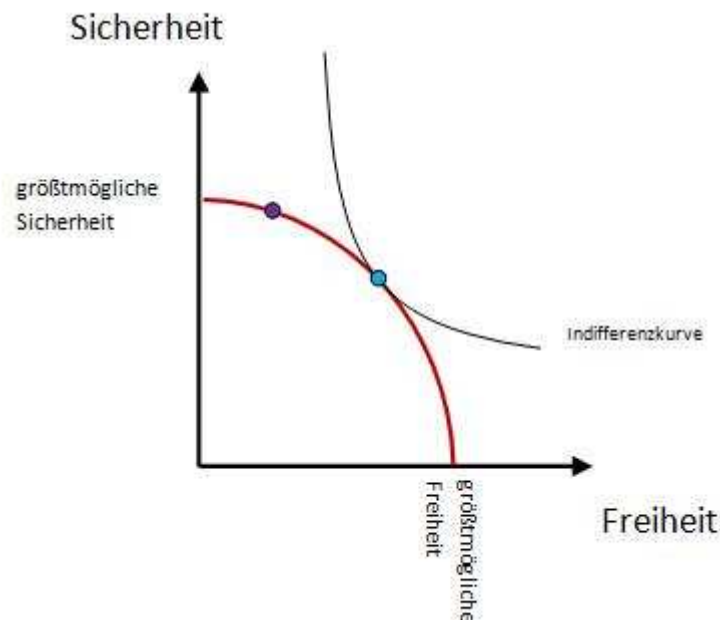


S. 156

- HFR 11/2009 S. 4 -

- 8 Dieses Standardmodell trifft aber wohl die Zusammenhänge noch nicht ganz. Die Vorstellung scheint verkehrt, Freiheit und Sicherheit könnten in jedem Punkt im selben Verhältnis gegeneinander ausgetauscht werden. Realistischer ist wohl, dass es umso mehr Aufgabe an Freiheit erfordert, um von einem ohnehin hohen Sicherheitsniveau (violetter Punkt) noch höher zu gelangen (dieser Zusammenhang wird dargestellt durch eine konkave Möglichkeitenskurve).

9



- 10 In beiden Modellen trifft die Möglichkeitenskurve in dem Punkt auf die Achsen, der das größtmögliche, tatsächlich erreichbare Maß an Freiheit bzw. Sicherheit bezeichnet. Ein technologischer Fortschritt wie z.B. das Internet könnte sich durch eine Rechtsverschiebung des Schnittpunkts auf der Freiheitsachse darstellen lassen. Es wäre also absolut mehr Freiheit möglich.

S. 157

- HFR 11/2009 S. 5 -

11 Die Funktionen des Rechts im Freiheits-Sicherheits-Gefüge

Jede Gesellschaft präferiert also ein bestimmtes Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit. Aufgabe des Staates ist es, dafür zu sorgen, dass sich dieses Verhältnis auch tatsächlich einstellt. Im modernen Rechtsstaat kommen in diesem Zusammenhang dem – positivierten – Recht mehrere wichtige Funktionen zu. Es ist wichtig sich dieser Funktionen und der sie begleitenden Probleme bewusst zu werden, bevor wir uns dem Überfall des Terrorismus auf unser 2-Güter-Modell widmen.

12 1. Funktion des Rechts: Justierung des Freiheits-Sicherheits-Gefüges

Das Recht ist das primäre Instrument des Rechtsstaats, das von der Gesellschaft geforderte Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit zu fixieren, zu erhalten und ggf. zu justieren. Diese Erkenntnis ist wichtig, um die Ansprüche an das Recht korrekt zu formulieren: Genuine Funktion des Rechts ist es nicht, den Staat aus dem Leben der Bürger so weit als möglich fern zu halten. Es ist auch nicht Funktion des Rechts, einmal gewonnene Freiheiten wider alles gesellschaftliche Wollen zu verteidigen. Das Recht steht nicht über der Gesellschaft, schützt keine Güter über den Menschen, ist in seiner positivierten Form kein Wert an sich, sondern dient den Menschen zur Verwirklichung ihrer Bedürfnisse. Wie der Staat selbst ist also auch das Recht dem Bürger ein Diener. Wenn eines dieser Bedürfnisse – z.B. das nach Sicherheit – im Verhältnis zu einem anderen – z.B. Freiheit – stärker wird, dann ist es Aufgabe des Staates, das Recht zur Justierung des tatsächlich herrschenden, aber nicht mehr gewünschten Freiheits-Sicherheits-Gefüges einzusetzen. Entsprechendes gilt für den umgekehrten Fall, dass das Sicherheitsbedürfnis der Gesellschaft abnimmt. Das Recht ist also der Regler der Politik auf dem Spektrum zwischen absoluter Freiheit und absoluter Sicherheit.

S. 158

- HFR 11/2009 S. 6 -

13 2. Funktion des Rechts: Trägheitsmoment

Eine zweite Funktion des Rechts schließt sich hieran unmittelbar an. Kann in einem autoritären Staat einem Sicherheitsbedürfnis mehr oder weniger sofort nachgegeben werden, so herrscht in einem Rechtsstaat eine gewisse Trägheit in der Umsetzung. Diese findet Ausdruck in einem der angestrebten Veränderung der Verhältnisse vorgeschalteten politischen Prozess. Dieser Prozess ist in aller Regel zur Reform der Rechtslage erforderlich und hat u.a. die Funktion, zur Reflexion über das Anvisierte zu zwingen und sich mit Gegenstimmen auseinander zu setzen. Das Recht sorgt also für ein Moment der Trägheit im politischen Prozess, welches überstürzte, insbesondere die Freiheit beschränkende Entscheidungen verhindern oder in ihrer Schwere mildern kann.

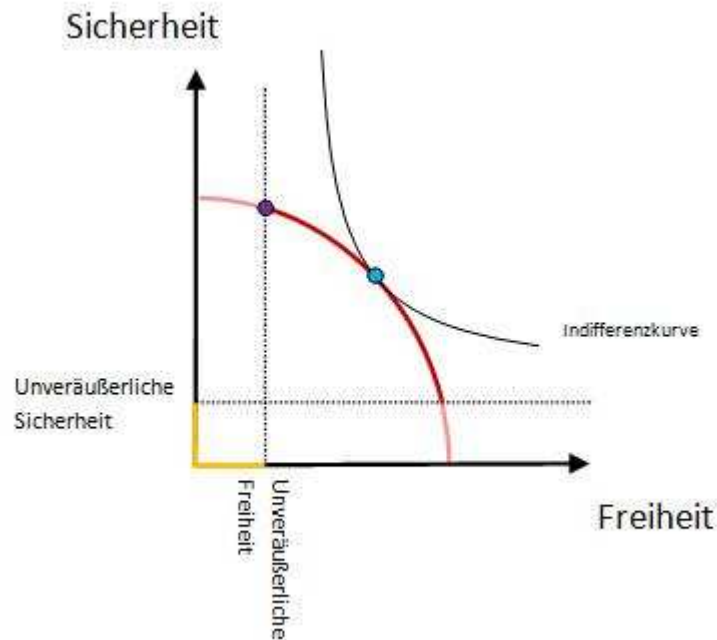
14 3. Funktion des Rechts: Orientierung

Die dritte Funktion des Rechts besteht darin, Politik und Gesellschaft Orientierung zu geben. Gerade in Zeiten der Panik dient es als Anleitung, ruft althergebrachte Maßstäbe ins Gedächtnis, spiegelt das langfristige Bedürfnisgefüge der Gesellschaft wider und zwingt zur Besinnung. Jede politische Maßnahme muss sich umso mehr rechtfertigen – vor sich selbst wie vor den betroffenen Bürgern – als sie einen wichtigen, über Jahrhunderte gewachsenen Freiheitssatz umstoßen möchte. Ein Beispiel hierfür ist die immer wiederkehrende Diskussion um den Einsatz von Folter in Extremsituationen.

15 4. Funktion des Rechts: Schrankensetzung

Die vierte und vielleicht wichtigste Funktion des Rechts schließlich ist die Rahmensetzung für die Politik. Das Recht schneidet jene Freiheitsrechte und Sicherheitsgarantien aus der politischen Möglichkeitenkurve heraus (siehe Schaubild), welche nach historischem Dafürhalten unveräußerlich sind, selbst wenn die kurzfristige Bedürfnislage eine andere sein sollte. Diese Ausschnitte aus dem Freiheits-Sicherheits-Spektrum sind der Politik verschlossen – solange der Rechtsstaat als solcher akzeptiert wird.

16



S. 159

- HFR 11/2009 S. 7 -

17 Probleme im 2-Güter-Modell

In dem gezeichneten Modell treten in der Praxis freilich einige Schwierigkeiten auf. Eine grundlegende ist die des Maßstabs: naturgemäß ist das Freiheits- bzw. Sicherheitsbedürfnis der Gesellschaft ein subjektives. Der Staat könnte sich nun darauf beschränken, allein diesem subjektiven Sicherheitsbedürfnis Genüge zu tun. In diesem Fall wäre sein primäres Ziel, den bloßen *Eindruck* des gewünschten Freiheits-Sicherheits-Gefüges zu erwecken, also eine bloß *gefühlte* Sicherheit zu konstruieren. Eine solche Zielsetzung kann indes nicht nachhaltig sein. Der Staat muss und wird deshalb versuchen dasjenige tatsächliche Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit zu schaffen, welches vom Bürger nachgefragt wird.

18 Es liegt auf der Hand – und hier kommen wir zur zweiten Schwierigkeit –, dass dieser Prozess hin zum optimalen Güterbündel nicht ohne weiteres zum Ziel führt. Denn die *exakte* Bestimmung der Auswirkungen dieser oder jener Maßnahme auf die Sicherheit einerseits und die Freiheit andererseits ist in den meisten Fällen nahezu unmöglich. Die Justierung der neuen Balance jedoch in Unkenntnis ihres genauen Ausmaßes vorzunehmen, führt regelmäßig dazu, dass die Politik entweder über die gesellschaftlichen Bedürfnisse hinauschießt oder aber hinter ihnen zurückbleibt.

19 Hieran schließt sich unter dem Trägheitsaspekt des Rechts ein drittes Problem an. In seiner negativen Ausprägung hat die durch das Recht in den politischen Prozess eingeführte Trägheit zur Folge, dass überschießende oder zu zaghafte Reformen nicht ohne weiteres und insbesondere nicht zügig korrigiert werden können. Dies mag insbesondere in jenen Situationen kritisch sein, in welchen dem Staat mehr Rechte eingeräumt wurden als ihm *ex post* hätten eingeräumt werden müssen. Denn es liegt in der Eigenart eines jeden Staatswesens, dass sich die Einwerbung eines verlorenen Freiheitsrechts schwieriger gestaltet als sein Verlust. In Situationen also, da es zu einem solchen Überschießen zulasten der Freiheit gekommen ist, sorgt die durch das Recht vermittelte Trägheit für Hürden auf dem Weg zurück zur gesellschaftlich gewünschten Balance zwischen Freiheit und Sicherheit.

S. 160

- HFR 11/2009 S. 8 -

20 Zwischenergebnis

Wir haben also nun das Verhältnis zweier grundlegender Güter im modernen Rechtsstaat – Freiheit und Sicherheit – rationalisiert und dem Recht in diesem Modell eine Rolle in

Form von vier grundlegenden Funktionen zugewiesen. So gewappnet wenden wir uns den Implikationen des Terrorismus für ein im Ursprung ausbalanciertes Freiheits-Sicherheits-Gefüge zu.

21 Überfall des Terrorismus auf das 2-Güter-Modell

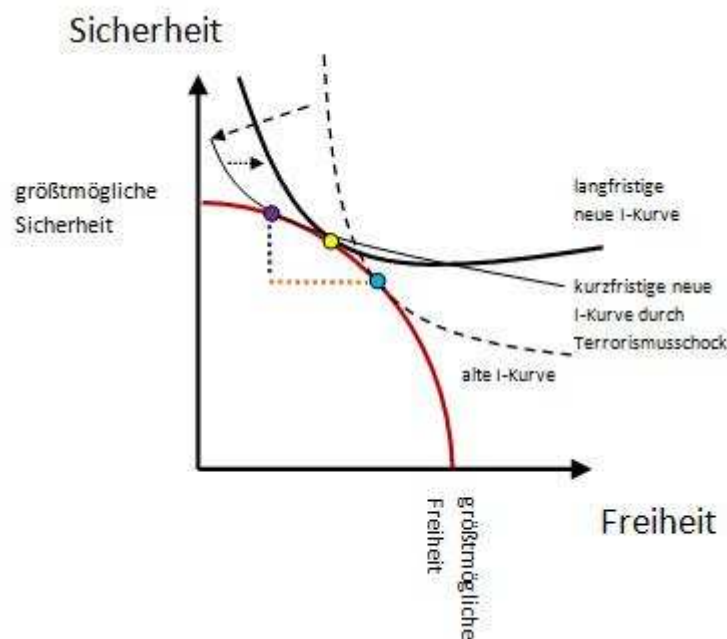
Der Terrorismus ist in unserem wohljustierten System ein exogener Faktor, auf den die Gesellschaft mit einer Neuformulierung ihres Werte-Verhältnisses zwischen Freiheit und Sicherheit reagieren muss und wird.

22 Terrorismus als Schock

Er lässt sich in unserem Modell am besten als positiver Schock für die Nachfrage nach Sicherheit darstellen. Ein terroristischer Anschlag steigert das Sicherheitsbedürfnis kurzfristig enorm. Zunächst ist die Gesellschaft also bereit, massive Einschränkungen ihrer Freiheit hinzunehmen (braun gestrichelte Linie), um dafür erhöhte Sicherheit zu erhalten (blau gestrichelte Linie). Grafisch ist dies gleichbedeutend mit einer Verkrümmung der Indifferenzkurve; das gewünschte Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit hat sich i.E. verschoben (vom blauen Punkt hin zum violetten Punkt).

23 In Abwesenheit weiterer Anschläge lässt das rapide gestiegene Sicherheitsbedürfnis gemächlich nach; ist die terroristische Bedrohung nicht vollständig beseitigt, sondern bleibt eine gegenüber der Ausgangssituation langfristig erhöhte Gefahrenlage, so stellt sich mit einer neuen langfristigen Indifferenzkurve (fett) zwischen der alten und der kurzfristigen neuen auch ein neues Freiheits-Sicherheits-Bedürfnis ein (gelber Punkt). Entscheidend ist nun aus Sicht der Bürger, wie mit dem *kurzfristig* gestiegenen Sicherheitsbedürfnis umgegangen wird. Es sind verschiedene Modelle denkbar: entweder die dem Staat zur Verfügung stehenden Mittel reichen aus, dem gesteigerten Sicherheitsbedürfnis Zeit seines Anhaltens Rechnung zu tragen. Dies kann z.B. in Form verstärkten Polizeieinsatzes in gefährdeten Gebieten oder ähnliches geschehen. Oder aber dem Staat fehlen die Mittel zu einer adäquaten Antwort, was aus zwei Gründen der Fall sein kann: er hat die faktischen Möglichkeiten zu einer Erhöhung der Sicherheit nicht; in diesem Fall ist er machtlos. Oder aber der Staat ist rechtlich auf dieses oder jenes – inadäquate – Verhalten beschränkt. In diesem Fall kann er in dem zur Befriedigung des gesellschaftlichen Sicherheitsbedürfnisses notwendigen Rahmen die rechtlichen Voraussetzungen für einen Eingriff in die Freiheit seiner Bürger schaffen.

24



25 Funktionen des Rechts angesichts terroristischer Bedrohung

In diesem Prozess kommen nun sämtliche der oben beschriebenen Funktionen des Rechts zur Geltung. Ebenso sind die damit einhergehenden Probleme mit zu berücksichtigen.

- 26 Grundsätzlich ist mit der ersten Funktion des Rechts festzuhalten, dass das Recht dem Staat zur Neujustierung der Lage dienen *muss*, soweit der Staat die gesellschaftlichen Bedürfnisse nicht im herrschenden Rechtsrahmen befriedigen kann. Der Trägheitsfunktion kommt in solchen Schocksituationen eine entscheidende Rolle zu: Angenommen, es gäbe kein Trägheitsmoment zwischen dem kurzfristig neu definierten Sicherheitsbedürfnis und dessen Befriedigung durch die Politik, so würde sich unmittelbar eine Situation einstellen, welche dem kurzfristigen gesellschaftlichen Wunschverhältnis (oben mit dem violetten Punkt beschrieben) entspräche. Das Problem ist nun, was geschieht, wenn das Sicherheitsbedürfnis wieder sinkt (zum gelben Punkt), wenn also der Wunsch nach Freiheit von den nun herrschenden rechtlichen Verhältnissen nicht mehr befriedigt werden kann. Diese zeitliche Perspektive ist enorm wichtig. Für gewöhnlich wird versucht einem absoluten Mehrwert an Sicherheit einen absoluten Verlust an Freiheit gegenüber zu stellen und so für alle Zeit zu legitimieren. Es wird also argumentiert, dass z.B. die Online-Durchsuchung zwar einen Eingriff in die persönliche Freiheit darstelle, dieser aber jederzeit durch das damit verbundene Mehr an Sicherheit gerechtfertigt werden könne. Dabei wird vernachlässigt, dass die Präferenzen zwischen Freiheit und Sicherheit in einer Gesellschaft – also auch der Wert, den wir den absoluten Veränderungen der beiden Größen im Verhältnis zueinander beimessen – dynamisch sind. Wir bewegen uns also nicht in zwei Ebenen (Sicherheit; Freiheit), sondern in drei (Sicherheit; Freiheit; Zeit). Wir haben dieses Phänomen oben in Form sich verändernder Indifferenzkurven dargestellt. Dem Recht kommt in dieser Situation also die Funktion zu, die Anpassungsbemühungen der Politik an das veränderte Sicherheitsbedürfnis solange zu verzögern, bis der Gesellschaft als Ganzes eine rationale Bewertung der langfristigen Terrorismusgefahr möglich ist. Es gilt also, das oben angesprochene ‚Überschießen‘ der Politik zu verhindern. In der Bundesrepublik werden diese Funktionen durch den parlamentarischen Gesetzgebungsprozess einerseits, durch die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle andererseits erfüllt. Um ein Beispiel für ein Versagen des Rechts in dieser Hinsicht anzuführen: In den Vereinigten Staaten – so könnte argumentiert werden – hat das Recht diese Trägheitsfunktion nicht hinreichend erfüllt und es kam in der Folge zu *nunmehr* untragbar scheinenden Zuständen.

S. 162

- HFR 11/2009 S. 10 -

- 27 In der durch das Trägheitsmoment verursachten Verzögerungsphase kommt die dritte Funktion des Rechts zum Tragen: Orientierung. Im Angesicht panischer Verhältnisse ist das positivierte Recht Zeuge gewisser zeitloser Maßstäbe, welche z.B. im polizeilichen Verhör so manche Hand bindenmögen. In dieselbe Richtung geht schließlich die vierte Funktion des Rechts zu Zeiten des Terrorismus: die Schranken aufzuzeigen, welche im Kampf gegen den neuen Feind nicht überschritten werden dürfen – komme, was wolle. In diese Kategorie fällt im deutschen Recht die über die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG besonders geschützte Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG und damit wohl auch der Menschenwürdegehalt der anderen Grundrechte.
- 28 Dem Recht kommen also im Kampf gegen den Terrorismus teilweise schwierig miteinander vereinbarende Funktionen zu. Einerseits soll und muss es dem Staat die Mittel zur Seite stellen, auf diese neue Gefahr angemessen zu reagieren. Andererseits hat es den Reaktionsprozess soweit zu verlangsamen, dass eine rationale Bewertung der neuen Verhältnisse und eine adäquate Bewertung der möglichen Antworten auf diese möglich sind. Zugleich ist es der zum Handeln verpflichteten Regierung Orientierung und Schranke für ihre Wahl der Mittel.

29 Schlussfolgerungen

All die oben beschriebenen Funktionen des Rechts sind von herausragender Wichtigkeit für jeden modernen Rechtsstaat. Ohne sie muss eine Reaktion auf die terroristische Be-

drohung beinahe zwangsläufig maßlos sein. Das Recht sorgt also für nichts Geringeres als das Maß in der Reaktion auf Extremsituationen wie einen plötzlichen Terroranschlag. Dieses Maß wird oftmals deutlich werden in einer gewissen Standhaftigkeit des Rechtssystems in Zeiten großer Panik. Nur diese Standhaftigkeit – kein starrer Dogmatismus! – in der Rechtsschöpfung und -anwendung, auch unter massivem politischem Druck, garantiert seine Legitimität, seine langfristige Akzeptanz, seine Integrität, seinen dem Volk dienenden Charakter. Und nur so schütteln sich Hobbes und Locke heute zufrieden die Hand.

Zitierempfehlung: Bijan Moini, HFR 2009, S. 153 ff.