



Peter-Alexis Albrecht

Die vergessene Freiheit

3. Auflage



BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Die vergessene Freiheit

Strafrechtsprinzipien
in der europäischen Sicherheitsdebatte

ISBN 978-3-8305-2695-7

Peter-Alexis Albrecht

Die vergessene Freiheit

**Strafrechtsprinzipien in der europäischen
Sicherheitsdebatte**

3. Auflage



BWV · BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Bibliografische Informationen
der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8305-2695-7

Übersetzung ins Russische:
Prof. Dr. Grigorij Grigorjewitsch Moschak
(Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht der
Marineuniversität, Odessa, Ukraine, 2006)

Übersetzung ins Englische:
Claudia Schubert und David Horrigan –
(The Forgotten Freedom –
September 11 as a Challenge
for European Legal Principles, 2003)

© 2011 BWV · BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH
Markgrafenstraße 12–14, 10969 Berlin
E-Mail: bwv@bwv-verlag.de · Internet: <http://www.bwv-verlag.de>
Alle Rechte, auch die des Nachdrucks
von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe
und der Übersetzung, vorbehalten.

Inhalt

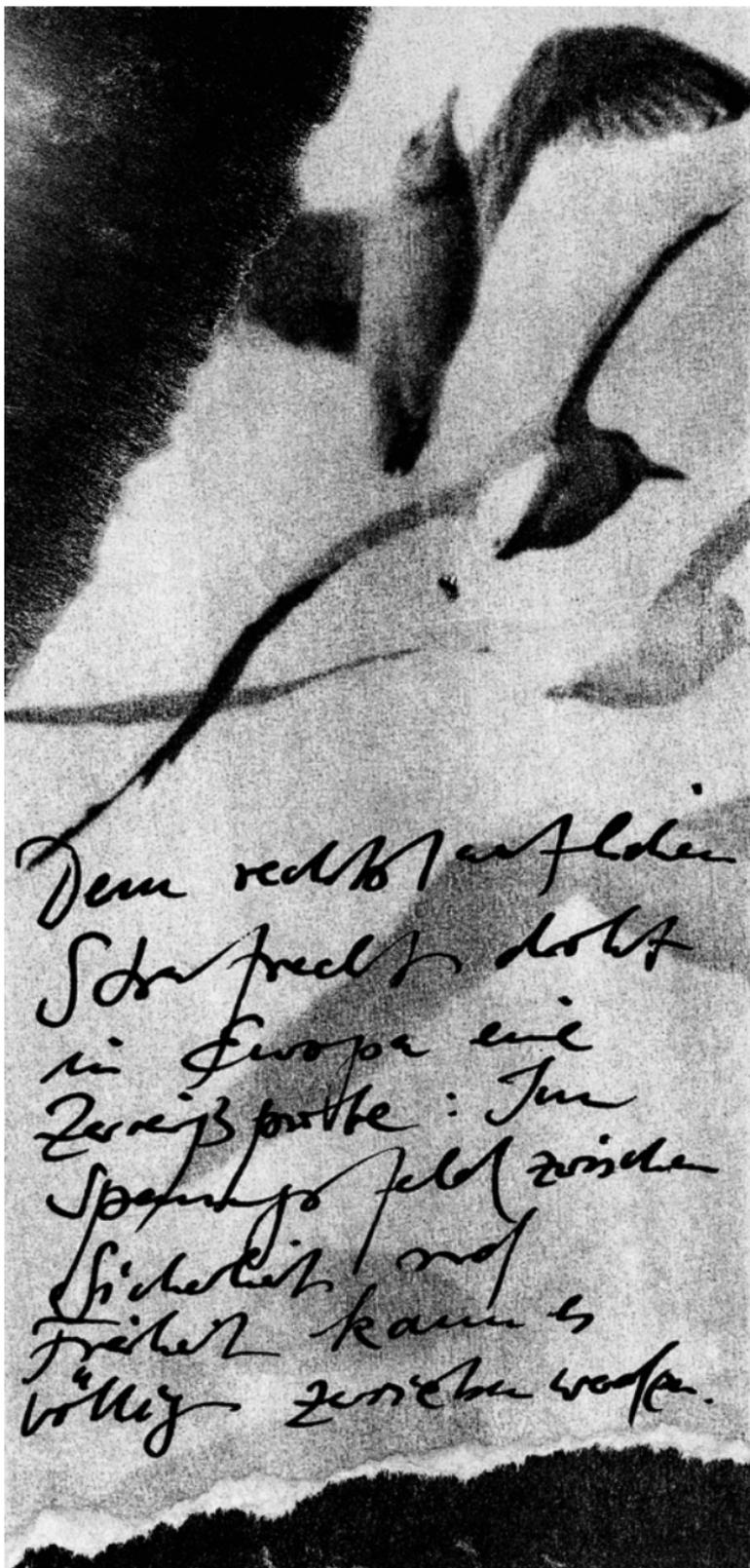
Prolegomenon zur dritten Auflage	11
Prolegomenon zur zweiten Auflage	16
Prolog zur ersten Auflage	21
§ 1 Das Prinzip der Freiheit: Erbe europäischer Aufklärung	25
I. Die immer gleiche Ausgangslage: Freiheit als Dispositionsmasse der Politik	25
II. Menschenwürde und Freiheit	28
1. Die Idee der Freiheit	28
2. Freiheit durch Vertrag	30
3. Alte und neue Gesellschaftsverträge	35
III. Historische Erfahrungen mit dem freiheits- verzehrenden Sicherheitsstaat	38
1. Weimarer Republik	39
2. Nationalsozialismus in Deutschland	41
3. Spanien: Der Faschismus Francos	43
4. Portugal: Das Regime Salazars	44
5. Griechenland: Das Regime der Obristen	46
6. Der autoritäre Sozialismus in Osteuropa	47
IV. Freiheit durch Sicherheit: Antithese europäischer Aufklärung	49
1. Das „Grundrecht auf Sicherheit“ als politische Kunstfigur	49
2. Eine Konkretisierung: Die Datenschutz- fälle	52
3. Bürokratisches europäisches Gesamt- strafrecht	54

§ 2	Das Prinzip der Strafgesetzlichkeit: Fundament der verfassten Freiheit	57
I.	Die Idee der Strafgesetzlichkeit	57
II.	Komponenten der Strafgesetzlichkeit	59
	1. Bestimmtheitsgebot	59
	2. Analogie- und Gewohnheitsrechtsverbot	60
	3. Rückwirkungsverbot	61
III.	Strafgesetzlichkeit als europäische Rechtstradition	63
IV.	Zum Zustand des Prinzips in der europäischen Rechtswirklichkeit	66
	1. Deutschland als negatives Vorbild	66
	2. Europa folgt	67
§ 3	Das Schuldprinzip: Begrenzung für die Strafmacht	73
I.	Sinn und Zweck von Strafe	74
II.	Das Prinzip des Schuldausgleichs als Begrenzung von Strafmacht	75
III.	Der prinzipielle Unterschied zwischen Recht und Empirie	77
IV.	Schuld als wissenschaftlich nicht widerlegbare Freiheitsgarantie	80
V.	Der Zugriff einer europäischen Risiko- gesellschaft auf das Schuldprinzip	82

§ 4	Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit: Rechtliche Schranke von Gewalt- anwendung	89
I.	Das verfassungsrechtliche Programm der Verhältnismäßigkeit	90
II.	Europäische Entwicklungen: flächendeckend	91
III.	Grenze grundrechtsbeschränkender Maßnahmen im europäischen Recht	93
	1. Europäischer Gerichtshof (EuGH)	93
	2. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)	94
§ 5	Das Legalitätsprinzip: Eine Willkürschanke	97
I.	Legalität versus Opportunität	97
II.	Europäische Traditionen	99
III.	Der Abschied des deutschen Strafrechts vom Legalitätsprinzip	100
	1. Informalisierung des Strafverfahrens	101
	2. „Verpolizeilichung“ des Strafverfahrens	105
IV.	Europäische Perspektiven zur Legalität	107
	1. Legalität und Opportunität in der Europäischen Union	107
	2. Das Legalitätsprinzip in der gesamt- europäischen Strafrechtsentwicklung	109

§ 6	Das Offizialprinzip: Garant des öffentlichen Strafrechts	113
I.	Wahrheitsfindung im öffentlichen Strafrecht	114
II.	Die historische Entwicklung in Europa: Der Weg zum öffentlichen Strafrecht	116
III.	Die europäische Rechtswirklichkeit: Privatisierung als Zerstörung des öffentlichen Strafrechts	120
	1. Deutschland	120
	2. Italien	122
	3. Frankreich	122
	4. Großbritannien	123
§ 7	Das Prinzip des fairen Verfahrens: Fundament des Strafprozesses im freiheitlichen Rechtsstaat	127
I.	Das Nemo-tenetur-Prinzip: Freiheit vom Selbstbelastungszwang	131
	1. Anspruch und Inhalt	131
	2. Zur Rechtswirklichkeit in Deutschland	132
	3. Entwicklungen in Europa	134
II.	Das Prinzip der Waffengleichheit	137
	1. Anspruch und Inhalt	137
	2. Zur Rechtswirklichkeit in Deutschland	138
	3. Entwicklungen in Europa	141
III.	Das Prinzip der Unschuldsvermutung	145
	1. Anspruch und Inhalt	146
	2. Zur Rechtswirklichkeit in Deutschland	147

3.	Entwicklungen in Europa	149
IV.	Gesetzlicher Richter	153
1.	Anspruch und Inhalt	153
2.	Zur Rechtswirklichkeit in Deutschland	156
3.	Entwicklungen in Europa	161
V.	Gestaltungsprinzipien des Gerichtsprozesses: Unmittelbarkeit, Mündlichkeit, Öffentlichkeit	163
1.	Anspruch und Inhalt	163
2.	Zur Rechtswirklichkeit in Deutschland	165
3.	Entwicklungen in Europa	169
§ 8	Die Hoffnung: Europäisches Strafrecht einer prinzipiengeleiteten Strafgesetzlichkeit	175
I.	Erwartungen an europäische Integration: <i>Verfasste Strafgesetzlichkeit</i>	175
II.	Erwartungen an ein Strafrecht der Strafgesetzlichkeit: <i>Freiheitliches Kernstrafrecht</i>	177
III.	Erwartungen an ein Kriminaljustizsystem der Strafgesetzlichkeit: <i>Faires Verfahren und rechtsstaatliche Vorbildlichkeit</i>	181
	Endnoten	184



Dem rechts auf den
Schiffen, dort
in Europa eine
Zerstückelung: Im
Sprachfeld zwischen
Sicherheit und
Freiheit kann es
völlig zerbrechen werden.

Prolegomenon zur dritten Auflage

Globalisierte und unilaterale Transformationen bewirken ökonomische, soziale und kulturelle Zerfallsprozesse: Staaten deregulieren, ungezügelter Neoliberalismus und moralisch-religiöser Fundamentalismus weiten sich aus. Folge sind weltweite Verunsicherungen, die zu globaler Rechtserosion und Rechtsvernichtung führen. Das Überziehen anderer Völker und Regionen mit Kriegen, und werden sie auch mit staatlicher Notwehr begründet, führt zu weiterer Unsicherheit, die rechtsstaatlich nicht mehr eingrenzbar ist: Das ist der Boden, auf dem sich ein Teufelskreis von wachsender Unsicherheit und wachsendem Sicherheitsstreben entwickelt¹. Die permanente Suche nach Sicherheit reklamiert einen Schutz, welcher von diesen deregulierten staatlichen Gebilden nicht zu leisten ist. Staatliches Agieren schrumpft zu symbolischem Regieren. Das Recht definiert jetzt nicht mehr den Abwehranspruch des Bürgers gegen den Staat, sondern den Schutzanspruch des Staates gegenüber allgegenwärtigen Gefahren. Sicherheit ist nunmehr das erstrebte Ziel, es wird gleichsam zum kollektiven Gut der Sicherheitsgesellschaft. Die Freiheit hat sich in denjenigen Rahmen einzupassen, den ihr die Sicherheit lässt. Dieser Rahmen wird enger und enger.

Damit könnte aus sozialwissenschaftlicher Sicht die Analyse beendet sein. Traurig, aber wahr. Und warum dann – 10 Jahre nach dem 11. September 2001 – eine dritte Auflage für eine „Vergessene Freiheit“? Ergibt die Analyse nicht klar und deutlich den gesellschaftlichen Rückzug in den Naturzustand. Wird der Rechtszustand nicht mit unwiderprüflichen Schritten verlassen, wenn Folter und illegitime Gewalt Mittel staatlicher Machtdurchsetzung werden, wenn Rechtsbrecher ohne Gerichtsverfahren von höchsten staatlichen Organen getötet werden, durch den öffentlichen Applaus befreundeter Regierungen noch ermuntert, und wenn Staatsterrorismus auf diese Weise weltweit legalisiert wird?

Dennoch: Eine Hoffnung muss man pflanzen. Eine juristische. Zugegeben, nur ein Versuch! Wie könnte man sonst als Rechtslehrer vor Studenten treten. Es ist die Hoffnung, dass der Wille zur Freiheit jene Kräfte mobilisiert, die mit-

hilfe starker Rechtsprinzipien Freiheit in der Gesellschaft reaktivieren, festigen und behaupten könnten. Das klingt alteuropäisch. Soll es auch, ist aber gleichwohl modern und nach vorn gerichtet.

Die *Idee der Freiheit* ist der Ausgangspunkt des Rechts, auch und gerade des Strafrechts, das zum Schutz der Freiheit Aller mit Zwang gegen das Unrecht antreten muss. Das war die Botschaft der europäischen Aufklärung und diese führte zur Entwicklung des Rechtsstaats. Aber ist die Orientierung daran rückwärtsgewandt, nicht mehr zeitgemäß, ihrerseits unaufgeklärt? Ich meine: Nein. Im Gegenteil. Die Freiheit kann *auch* mit juristischen Mitteln geschützt und bewahrt werden. Man muss die Instrumente nur aufgreifen und gegen das Unrecht forensisch in Stellung bringen. Primär geschieht das noch im nationalstaatlichen Kontext; immerhin: ein möglicher Ausgangspunkt für transnationale Übersetzungen und Vorbilder.²

Als Mittel des Freiheitsschutzes fungieren Rechtsprinzipien. Sie sind die „Trumpfkarten“ (*Dworkin*) rechtlicher Argumentation. Sie sind keine Monstranzen, die ewig Gestirge vor sich hertragen,³ sondern *Absolutheitsregeln*, die der Politik unüberwindliche Grenzen setzen – wenn man denn gelernt hat, sie juristisch kunstgerecht zu aktivieren. Sie bilden zugleich die Grenze für die Legitimität positiven Rechts; eines Mehrheitsrechts, das, wenn es ausschließlich auf den Aspekt „Mehrheit“ abstellt, sich mehr und mehr als falsch herausstellt. Rechtsprinzipien bilden also universelle Maßstäbe, denen auch aus Gründen der Gerechtigkeit und Fairness zu folgen ist.⁴ Nur aus solchen Prinzipien erwachsen nach *Dworkin subjektive Rechte*. Rechtsprinzipien formulieren mithin ein modernes und anspruchsvolles Theorieprogramm, in dem Ethik, Rechtstheorie und Sozialphilosophie einen Zusammenhang bilden.⁵ Das Bundesverfassungsgericht müht sich von Fall zu Fall redlich, einiges hiervon einer juristisch wenig informierten Öffentlichkeit deutlich zu machen.

Rechtsprinzipien leiten sich indes nicht nur theoretisch ab, sie sind vor allem ein Produkt geschichtlicher Prozesse und Erfahrungen. Gerade die Europäer haben sie in der blutigen Revolutionsgeschichte zahlreicher Länder unter großen Opfern erkämpft, jüngst erst in der Befreiung von zwangs-

sozialistischen Herrschaftsstrukturen. Diese Prinzipien haben Handlungsleitlinien ermöglicht, die sich die Europäer hoffentlich nicht ohne weiteres wieder aus der Hand nehmen lassen.

Rechtswissenschaft kann behilflich sein, wenn sie den Freiheitsschutz durch Rechtsprinzipien verdeutlicht und vermittelt, wenngleich das in der Juristenausbildung gerade in Zeiten der ökonomisierten Hochschule leider kaum noch möglich ist. Dabei sind sie ein die Freiheit Aller schützendes Korsett für Gesetzgeber und Rechtsanwender, denn ohne Strafgesetzlichkeit – das Basisprinzip im Rechtsstaat (Art. 103 Abs. 2 GG) – gibt es kein legitimes Strafrecht. Das geht jede Bürgerin und jeden Bürger an, ob tatverdächtig oder nicht:

- Nur das rechtsstaatliche Fundament *verfasster Strafgesetzlichkeit* (formell wie materiell) legitimiert den Zwangscharakter des Strafrechts.
- Nur über das *Schuldprinzip*, die Messlatte individueller Vorwerfbarkeit, lässt sich staatliche Strafmacht begrenzen, sonst verzehrt der mit der Sicherheit verkoppelte Präventionsanspruch jede Rechtssicherheit.
- Nur ein konsequent beachtetes Prinzip der *Verhältnismäßigkeit* bietet rechtliche Schranken staatlicher Gewaltanwendung.
- Erst das *Legalitätsprinzip* macht die Beschränkung staatlicher Willkür möglich, und
- erst das *Offizialprinzip* bietet die Garantie eines öffentlichen Strafrechts;
- schließlich bietet das *Prinzip eines fairen Verfahrens* nach Maßgabe der Europäischen Menschenrechtskonvention das Fundament eines freiheitlichen Strafprozesses.

Diese Prinzipien sind nicht nur Erbe europäischer Aufklärung und Produkt des Kampfes für Menschenrechte, es sind moderne Kriterien für Maßstäbe der Gerechtigkeit und der Fairness, auch in die Zukunft gewendet, keineswegs rückwärtsgewandt.

Indes: Die Herstellung von Gerechtigkeit ist keine genuin juristische Aufgabe. Die *soziale Dimension von Gerechtigkeit* für alle Bürgerinnen und Bürger herzustellen ist Auf-

gabe einer am Sozialstaatsprinzip orientierten Gesellschaftspolitik – primär im Sinne des Vorranges einzelstaatlicher Verantwortung. Das kann keine globale, noch nicht einmal eine europäische Zentralmacht bewirken. Die politische, rechtliche und ökonomische Konkretisierung sozialstaatlicher Prinzipien der Verfassung ist Voraussetzung dafür, dass der Umfang der aus der saturierten Gesellschaft Exkludierten nicht ständig wächst. Denn damit wächst das Potential gesellschaftlicher Hoffnungslosigkeit. Zentrale Aufgabe einer soziale Sicherheit anstrebenden Politik ist eine Gesellschaftsstruktur, die sich den Zugriffen globalisierender Zwänge konstruktiv widersetzt und die das verfasste Sozialstaatsgebot in ihrem Einwirkungsbereich umsetzt und fortentwickelt. Partizipation, materiale Demokratie und soziale Gleichberechtigung sind in den Vordergrund zu stellen und voranzutreiben. Erst in einer derart entwickelten Gesellschaft kann sich Freiheit auch individuell entfalten. Auch den Schutz *dieses* sozialstaatlich aufgerüsteten Gesellschaftsmodells sollen die in diesem Buch nachgezeichneten Rechtsprinzipien (neben anderen nichtstrafrechtlichen) gewähren. Die Prinzipien sind fundamental und brauchen keine Bestätigung. Es bedarf auch keiner Änderung der Handlungsmaßstäbe. Beides ist erkämpft, historisch bewährt und anthropologisch abgeleitet. Sie sind mithin sattelfest.

Grundlegender Änderungen bedarf es gleichwohl, nämlich im Bereich der Politik. Aber wer wird das bewirken können? Das entscheiden jedenfalls nicht Wissenschaftler, Philosophen oder Literaten. Das entscheiden auch nicht die Kreuze der Wahlbürger in vier- oder fünfjährigen Intervallen. Über grundlegende gesellschaftliche Strukturen entscheiden wie eh und je diejenigen, die fest im Sattel der wiederum sie leitenden wohlgesinnten Herrschaftsstrukturen sitzen. *Slavoj Žižek* bezeichnet das als „die ‚abstrakte‘, gespenstische Logik des Kapitals, die bestimmt, was in der gesellschaftlichen Realität geschieht“⁶. Eine erneute Aufklärung, wahrscheinlich nur im Zuge gesellschaftlicher Katastrophen, könnte hier Hoffnung bieten. Aber um welchen Preis? Mit politischen Parteien hat das nichts zu tun, diese sind nur Spielmaterial im Griff globalisierter ökonomischer Gier. Freiheit ist – 10 Jahre nach dem 11. September 2001 – nicht mehr nur vergessen. Sie steht nunmehr in

der konkreten Gefahr dauerhafter Vernichtung. Deshalb die dritte Auflage: inhaltlich unverändert!

Frankfurt am Main
im September 2011

Peter Alexis Albrecht

Prolegomenon zur zweiten Auflage

Im Jahr 2003 schien uns die Freiheit „vergessen“. Mittlerweile, im Jahr 2007, dürfte das Bild der „Vernichtung“ von Freiheit angemessener sein. Das ist nicht das Geschäft dunkler Mächte, sondern es ist der erklärte Wille der „Sicherheitsgesellschaft“ selbst. Deren Charakteristikum ist es, Freiheit bewusst gegen Sicherheit einzutauschen. Der angestrebte Sicherheitszugewinn ist indes nur ein scheinbarer, denn Sicherheit entsteht nur auf dem Papier des Gesetzgebers, zur Beruhigung und zum politischen Nutzen desselben und zur Beruhigung des Souveräns, der die Freiheit aufgibt, um Sicherheit einkaufen zu wollen. Landauf landab wird erklärt, man habe nichts zu verbergen, der Steuerstaat könne Einblick in private Konten, die Polizei mag Kenntnis von Telefon- und Postinhalten nehmen, gefühlte Bedrohung sei die Bezugsebene für Rechtsprechung und Legislative etc.

Diese Rechtserosionen vollziehen sich europaweit: In unserem Nachbarland Italien hat die breite Privatisierung von ehemals öffentlichen Aufgaben der Telekommunikation sogar zum Rückzug des Staates aus dem Schutz der informationellen Selbstbestimmung geführt.⁷ Das lässt den Staat – selbst in den Augen der Frankfurter Allgemeinen Zeitung – als „Seifenstaat“ erscheinen, was uns zeigt, „welche Macht die neuen Informationskartelle angehäuft und dabei das Justizmonopol des Staates erschüttert haben“.⁸ Die Rechtfertigung der Regierung lautet: Italien befinde sich im Krieg, im Kampf gegen den internationalen Terrorismus, und eine der erfolgreichsten Waffen dabei sei das Abhören von Telefongesprächen.⁹ So gewöhnt sich die europäische Öffentlichkeit an den Ausverkauf der Freiheit und entwickelt sich zur „Sicherheitsgesellschaft“.

Rechtswissenschaft und Rechtsprechung sind die Paten dieser Entwicklung. Die strafrechtsdogmatische Debatte zur Legitimität von Folter wird begleitet von einem gewandelten polizeilichen Selbstverständnis: Das Polizeirecht hat sich von einem Instrument rechtsstaatlicher Gefahrenabwehr zu einem „*Recht der Risikosteuerung*“ im Rahmen eines präventiven Schutzes neuer Art entwickelt.¹⁰ Der

Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts, der Strafrechtler *Hassemer*, fordert für das Strafrecht die Quadratur des Kreises: Ein „*rechtsstaatliches Sicherheitsstrafrecht*“ soll auf die „normative Desorientierung, Verbrechensfurcht und Kontrollbedürfnisse einer Risikogesellschaft“ antworten. Anstatt eine irregeleitete Bevölkerung in ihrer Irrationalität normativ zu verfestigen, müssten die Zauberworte *Prävention und Sicherheit* vor dem Hintergrund des Verzehr von Menschenwürde und Menschenrechten deutlich *entzaubert* werden. Den in die Irre geleiteten „Gefühlen“ einer medial verwirrten Öffentlichkeit muss zu allererst eine sachgerechte Aufklärung und Information über die Realität von Kriminalitätslagen, ihre Voraussetzungen und politischen und sozialen Bedingungen entgegengestellt werden. Wer die Erosionen der Menschenrechte in der Präventions- und Sicherheitsgesellschaft angehen will, der muss die „Vorstellungen über Abweichung und Strafe als das entlarven, was sie sind: als kontingente, produzierte soziale Kategorien, die in ihrer derzeitigen Form den Raum für eine Lösung sozialer Konflikte verstellen“. ¹¹

Und die Dritte Gewalt? Wieso ist sie Pate von Rechtserosionen? Der „große Lauschangriff“ auf den Kernbereich der Persönlichkeit ist vom Bundesverfassungsgericht nur scheinbar abgewiesen worden. Die Mehrheit der Richter hat den grenzenlosen Einsatz technischer Möglichkeiten der Polizei grundsätzlich gut geheißen. ¹² Lediglich zwei Mitglieder des Senats beklagen, dass die persönliche Intimsphäre, manifestiert in den eigenen vier Wänden, kein Tabu mehr sei, vor dem das Sicherheitsbedürfnis Halt zu machen habe. Nur in diesem abweichenden Votum der Richterinnen *Jaeger* und *Hohmann Dennhardt* vom 3. März 2004 wird reklamiert, die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG „streng und unnachgiebig auszulegen, um heute nicht mehr den Anfängen, sondern einem bitteren Ende zu wehren“. ¹³ Verfassungsrechtlicher Schutz zeigt sich – als Hoffnungsschimmer – gleichwohl von Zeit zu Zeit. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, eine völlig entfesselte Prävention polizeilichen Erkenntniszugriffs an konkretisierungsbedürftige Gefahren rückzukoppeln, dokumentieren die Sensibilität der Verfassungsrechtsprechung für die grundrechtsverzehrenden Gefahren, die von der Sicherheitsgesellschaft ausgehen: Präventives Abhören ohne tatsächliche Anknüpfungspunkte, präventive Rasterfahndung

ohne konkretisierte Gefahrenlage, finaler Rettungstotschlag im Luftverkehr unter Preisgabe der Garantie der Menschenwürde und Europäischer Haftbefehl ohne Berücksichtigung fundamentalen Grundrechtsschutzes haben das Bundesverfassungsgericht mit striktem Grundrechtsschutz reagieren lassen.¹⁴

Die Politik diskreditiert diesen Schutz der Verfassung als „Spitzfindigkeiten“ rechtsstaatlicher Strafrechtspflege, die damit den prompten Zugriff des Staates auf den Straftäter behinderten. *Jutta Limbach* bedauert, dass die „Garantien, die den unschuldig in Verdacht Geratenen schützen sollen, der Bevölkerung weniger ein[leuchten] als das Bedürfnis nach möglichst schlagkräftigen Mitteln der Gefahrenabwehr“.¹⁵ Die ehemalige Präsidentin des Bundesverfassungsgerichts tröstet mit dem Gedanken, dass das Gericht „die Gesetzestexte im Streitfall kritisch gegenliest“. Dieser optimistischen Perspektive steht gleichwohl eine pessimistische entgegen: Die Lösung wird ein Mehrheitsgesetzgeber – der sich mit dem Sicherheitsstaat identifiziert – über kurz oder lang in normativen Interpretationsspielräumen und politisch gesteuerter Verfassungspersonalpolitik finden. Das zeichnet sich in den Reaktionen auf die Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz bereits ab: Die nicht erfolgte *Entkoppelung* von Würde- und Lebensschutz, die *Reduktion* des Würdeschutzes und die *prinzipielle* Leugnung der Subjektqualität des Menschen dürften geeignete Interpretationslücken sein, die ein findiger „Sicherheits“-Gesetzgeber nutzen wird.

Finden wir dennoch „feste Ufer“ für den Schutz der Menschenwürde und der Menschenrechte? Gar auf europäischer Ebene? Auch hier kann man eine optimistische Position einnehmen, wenn man will. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat wichtige Leitlinien zum Schutz der Menschenrechte aufgestellt.¹⁶ Im Urteil zum Brechmittelsinsatz als Beweissicherungsmethode für Drogendealer¹⁷ hat er sogar der Bundesrepublik Deutschland ihre Menschenrechts-Schranken aufgezeigt, so dass man hier eine Linie unabhängiger europäischer Justiz erblicken könnte. Das trifft in einigen Entscheidungen auch auf den Europäischen Gerichtshof zu, der in seinem Urteil zur Herausgabe von Fluggastdaten rechtswidriges Verhalten sah.¹⁸ Leider nur aus Kompetenzgründen, die durch neuere Gesetzge-

bungsakte aus der Welt geschafft werden und informationelles Selbstbestimmungsrecht dem Sicherheitsstaat opfern. Auch hier wird sich erst zeigen müssen, ob Pessimismus oder Optimismus angezeigt ist. Die bisherige Politik der Europäischen Union, die die ungebremste Aufrüstung der Exekutive betreibt, lässt vor dem Hintergrund sich abzeichnender Mehrheitsentscheidungen zur Rahmengesetzgebung der inneren Sicherheit eher schwarz sehen.

Was lehrt uns dieses für den Schutz der Menschenrechte? „Will man an den Freiheitsverbürgungen der Verfassung festhalten, muss die Politik eine andere Einstellung zur Sicherheit finden“, fordert der Staatsrechtler *Lepsius*.¹⁹ Ob das realistisch ist, dürfte eine rhetorische Frage sein. Gegen die Zerstörungswirkungen der Sicherheitsgesellschaft hilft ganz offensichtlich nur ein Menschenrechtsschutz, der *absolute Politiksperrn* errichtet. Es hilft nicht die Positivität des Gesetzes, sondern nur von außen kommende, auf historischer und sozialer Erfahrung basierende rechtliche und moralische Kontrolle im Sinne freiheitssichernder Menschenrechte, die die Funktion *staatskritischer Absolutheitsregeln*²⁰ haben. Nicht die Positivität des Gesetzes, sondern das Setzen von Schranken vor und für das Gesetz sind prinzipielle Abwehrmittel im Sinne absoluter Politiksperrn für den Menschenrechtsschutz. Mit diesen Auffassungen wollen wir Einigkeit insofern herstellen, dass sich Relativierungen der Menschenwürde nur mit *scharfer begrifflicher Abwehr* immer von Neuem begegnen lässt, wenn sie „auf dem lebenden Recht der Menschenrechte, das aus kommunikativen Konflikten in Politik, Moral, Religion, Recht und ihren dort erkämpften Ergebnissen entsteht“,²¹ aufbaut. Das ist eine von außen kommende rechtliche und moralische Kontrolle, die staatskritische Absolutheitsregeln erst möglich macht.

Der *Abwägungsneutralismus*, der schon als „Mittelweg“²² beschrieben wird, und der die Forderung eines „rechtsstaatlichen Sicherheitsstrafrechts“ auf seine Fahnen geschrieben hat, ist demgegenüber ein gefährlicher Weg. Nicht mehr der Schutz des Bürgers vor dem machtvollen Zugriff des Staates wird von diesem Ansatz als Aufgabe der Grundrechte gesehen, sondern „die ‚gefühlte Bedrohung‘, die Verbrechensfurcht der Wählerinnen und Wähler, wird am Ende über die reale Kriminalpolitik entscheiden – und das, im