

Wer schützt die Freiheit?

Markus M. Müller¹



Markus M. Müller

Zusammenfassung

Freiheit und Sicherheit stehen in einem Spannungsverhältnis. Vor allem in Momenten erhöhter sicherheitspolitischer Aktivität werden Freiheitsrechte typischerweise gefährdet, so eine allgemeine Vermutung. Der Beitrag versucht, diese Momente als „Zeitfenster“ im Sinne der Multiple-Streams-Theorie zu verstehen und entsprechende Hypothesen für die daraus abzuleitenden Wirkungsmechanismen darzustellen. Auf dieser Grundlage wird der zentralen Frage nachgegangen, wie die Freiheit – in den Momenten, in denen sie besonders gefährdet erscheint – überhaupt geschützt werden kann.

Dass Freiheit und Sicherheit in einem Spannungsverhältnis stehen, gehört zu den Allgemeinplätzen der akademischen und öffentlichen Debatte. Aber mit dieser Aussage wird vielleicht mehr verschleiert als geklärt. Denn dieses Spannungsverhältnis ist nicht trivial, obwohl es selbstverständlich scheint. Wir haben es mit zwei kollektiven Gütern zu tun, über deren Inhalt und Verhältnis zueinander keineswegs Klarheit besteht. Daher taugt der *Topos* des „Spannungsverhältnisses“ in besonderer Weise dazu, politisch intendierte Forderungen abzuleiten.

1. Freiheit und Sicherheit

Auf Freiheit und Sicherheit blicken wissenschaftliche Disziplinen in unterschiedlicher Weise. Allgemein bekannt dürfte die Konzeptualisierung der Freiheitsrechte bei Jellinek sein, der die Freiheit „vom Staat“, „durch den Staat“ und „für den Staat“ unterschied (kritisch zu diesem allgemeinen Verständnis Alexy 1994: 229-248). Gemeint sind damit Abwehrrechte (die klassischen Freiheitsrechte, die den Bürger gegen staatlichen Zugriff schützen), Teilhaberechte (Grundrechte, welche den Bürger durch staatliches Zutun erst in die Lage versetzen, sich frei zu entfalten, z.B. Zugang zu staatlichen Bildungseinrichtungen) und Teilnahmerechte (Grundrechte, die den Bürger zum aktiven Teil des Gemeinwesens machen, z.B. das Wahlrecht). In Deutschland steht seit den staatsrechtlichen Überlegungen des 19. Jahrhunderts das Feld der bürgerlichen Abwehrrechte gegen den Staat im Mittelpunkt des Freiheitsverständnisses.

Freiheit „vom Staat“, „durch den Staat“ und „für den Staat“

Es ist noch heute als Denkfigur eng mit unserem Verständnis des Verfassungsstaats verbunden, in dem alle staatliche Gewalt an das Verfassungsrecht gebunden ist. In dieser Denktradition steht vor allem der Rechtsstaat als Garant für die Freiheit des Einzelnen. Dass man „Freiheit im Staat“ aber auch anders sehen kann, zeigt uns die angelsächsische Tradition (ausführlicher zum Vergleich: Müller/Schaal 2004).

Der Lockeschen Denkweise etwa entspricht nicht die Vorstellung von letztlich staatlich geschaffenen „Freiräumen“ bzw. „Verteidigungsanlagen“ des Bürgers gegen den Staat. Hier steht vielmehr die Idee im Vordergrund, dass Freiheit durch das demokratische Gesetz, durch die Staatsmacht begrenzende und die bürgerliche Selbstbestimmung ermöglichende Verfahren entsteht. In unserer Rechtsstaatstradition sehen wir im Verfassungsgericht den ultimativen Hüter bürgerlicher Freiheit. In Großbritannien vertraut man traditionell (und in Ermangelung eines Verfassungsgerichts in unserem Sinne) auf das Parlament als Hort der Souveränität und als Gegengewicht zur Exekutive. Unbestritten und einer Erwähnung wert ist es, dass der Prozess der europäischen Integration natürlich auch in Großbritannien seit dem Ende der 1990er Jahre eine „Verrechtlichung“ mit sich gebracht hat. Ein Human Rights Act wurde in der Regierungszeit Tony Blairs Gesetz, und die Einrichtung eines unabhängigen Verfassungsgerichts ist angekündigt. Dass im Nachgang zu den Anschlägen des 11. Septembers 2001 in Großbritannien gelegentlich aber auch die Suspension des Human Rights Acts ernsthaft von der Regierung diskutiert wurde (und durch Parlamentsbeschluss auch ohne weiteres mit einfacher Mehrheit möglich gewesen wäre und ist), zeigt allerdings die nach wie vor bestehenden Prioritäten. Der Rechtsstaat steht eben nicht über der Politik, zumindest nicht, wenn es um individuell einklagbare (Freiheits-)Rechte des Einzelnen gegen den Staat geht. Freiheit, oder besser: die Garantie individueller Freiheit, ist dementsprechend inhaltlich ebenso wie prozessual verschieden.

innere, äußere oder
auch soziale
Sicherheit

Auch Sicherheit ist ein inhaltlich und vor allem im Verhältnis zur Freiheit vielschichtiger Begriff. Neben unterschiedlichen Bedeutungen von Sicherheit, etwa innere, äußere oder auch soziale Sicherheit (Glaessner 2003), fällt vor allem Isensees (1982) „Grundrecht auf Sicherheit“ auf. Mit der Idee, von der Existenz eines impliziten Grundrechts auf Sicherheit auszugehen, verschieben sich die Wertigkeiten und Grundkategorien der Debatte um das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit.

Aus klassisch liberaler Sicht ist Sicherheit ein öffentliches Gut, und es ist vielleicht *das* öffentliche Gut schlechthin. Als solches ist sie die „raison-d’être“ des Staates, denn auch und gerade nach liberaler Auffassung ist der Staat als ein zu hoheitlichen Eingriffen berechtigtes Gebilde überhaupt nur aufgrund seines Sicherheitsversprechens gegenüber seinen Bürgern gerechtfertigt. Ein Staat, der seine Bürger nicht mehr vor Gewalt – im Innern wie nach Außen – schützen kann, wird schwerlich zu rechtfertigen sein. Doch welcher Maßstab ist anzulegen an das Sicherheitsversprechen? Absolute Sicherheit ist nicht möglich. Aber wie viel Sicherheit ist nötig, um das Sicherheitsversprechen als noch eingelöst anzusehen?

der Maßstab
absoluter innerer
Sicherheit

Eine bedeutsame Beobachtung ist, dass implizit der Maßstab absoluter innerer Sicherheit im öffentlichen und politischen Diskurs Verwendung findet, allerdings nur in Abhängigkeit von bestimmten Gefährdungsvorkommnissen. Die

Bobachtung Campbells (1992) aus dem ersten Irak-Krieg zu Beginn der 1990er Jahre lässt sich auch auf Debatten zur inneren Sicherheit fruchtbar anwenden. Bestimmte Sicherheitsverletzungen werden als existenziell für das Gemeinwesen verstanden und entsprechend zum Anlass für Anstrengungen zu „mehr Sicherheit“ genommen. Für sie gilt also der „absolute“ Sicherheitsbegriff. Demgegenüber gibt es in unserer Alltagserfahrung vielfältige Sicherheitsgefährdungen (z.B. Straßenverkehr), die rein quantitativ betrachtet größere Schäden und Opferzahlen hervorrufen als etwa terroristische Anschläge, und gleichwohl nicht mit dem Maßstab „absoluter“ Sicherheit politisch bearbeitet werden. Diese unterschiedliche Zuschreibung von „Sicherheits-Bedeutung“ zu verschiedenen Kategorien von Risiken für bzw. (konkreten oder abstrakten) Gefährdungen von Sicherheit nennt Campbell *securitization*. Dabei kann man, so die Hypothese, durchaus empirisch überprüfbare Kriterien dafür entwickeln, wann und welche Kategorien von Vorkommnissen als besonderes bedrohlich politisch eingeordnet und entsprechend mit dem Maßstab „absoluter“ Sicherheit bearbeitet werden.

Bleibt noch das Verhältnis von Sicherheit zur Freiheit. Ist sie, wie Hassemer (2003) argumentierte, der eigentliche Endzweck aller Sicherheitspolitik? Oder doch ein „öffentliches Gut“ *sui generis*, und daher mit der ebenfalls eigenständigen Sicherheit abzuwägen? Hinter beiden Auffassungen verbergen sich unterschiedliche Schlussfolgerungen. Wer beginnt abzuwägen, hat sich schon für die Sicherheit als Voraussetzung allen gesellschaftlichen Lebens entschieden (Prantl 2008).

Freiheit als der eigentliche Endzweck aller Sicherheitspolitik

2. Effective Guardians: Wer sind gute Hüter der Freiheit?

Es kommen drei potenzielle Hüter in Frage: Zunächst die *Öffentlichkeit*, also die Bürgerinnen und Bürger selbst, weil sie Freiheit als Wert grundsätzlich besonders schätzen. Hier könnte die Hypothese lauten, dass wer als Subjekt der Freiheitsrechte die Freiheit als Wert hoch schätzt, grundsätzlich bereit sein wird diese zu verteidigen, im Rahmen von ggf. noch zu erörternden Mittel. Zweitens, die *Demokratie*, oder besser: die Mechanismen repräsentativer, in Deutschland dazu auch: föderaler, Demokratie, welche Staatsmacht begrenzen, für einen ausgewogenen Ausgleich unterschiedlicher Zielsetzungen sorgen und daher besonders wertvolle öffentliche Güter, wie die Freiheit, vor Erosion schützen. Und drittens, die *Justiz*, also insbesondere die Verfassungsgerichte, welche die verfassungsrechtlich verbrieften Freiheitsrechte gegen eine Sicherheitspolitik-fixierte Regierung verteidigen und dabei insbesondere auch dem einzelnen Bürger Schutz bieten.

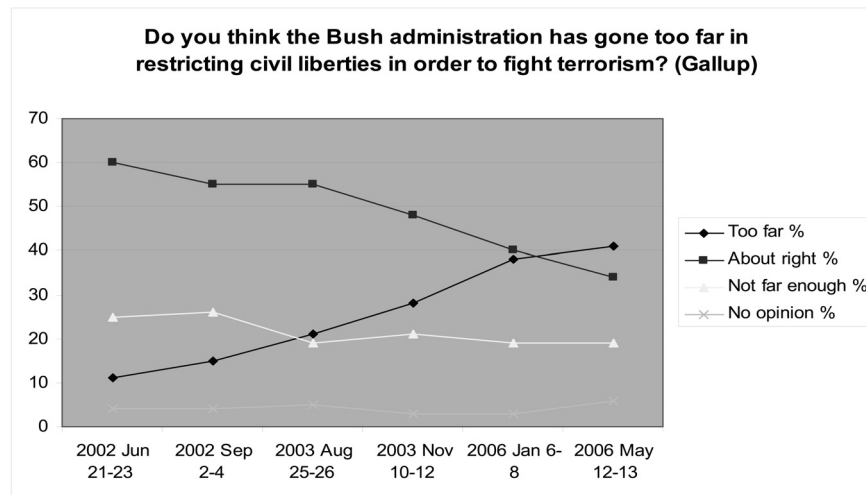
Öffentlichkeit

Demokratie

Justiz

In Normalzeiten ist die gesellschaftliche Präferenz für Freiheit hoch. Allerdings sehen wir in Ausnahmesituationen, also Bedrohungslagen oder besonderen Krisen, eine deutliche Präferenzverschiebung zulasten des Wertes Freiheit und zugunsten des Wertes Sicherheit. Diesen Zusammenhang gibt es in allen westlichen Industriestaaten, nicht erst, aber besonders seit dem 11. September 2001.

Abbildung 1: Präferenzwandel von Sicherheit zu Freiheit in den USA



3. Der Multiple-Streams-Ansatz

Hier bietet es sich an, mit dem Analyseinstrumentarium des *Multiple-Streams-Modell* zu operieren. Ohne an dieser Stelle in die Details des Modells gehen zu wollen, lässt sich das Modell auf die hier interessierende Situationsanalyse wie folgt anwenden:

politische
Entscheidungen sind
zeitkritisch und
ambivalent

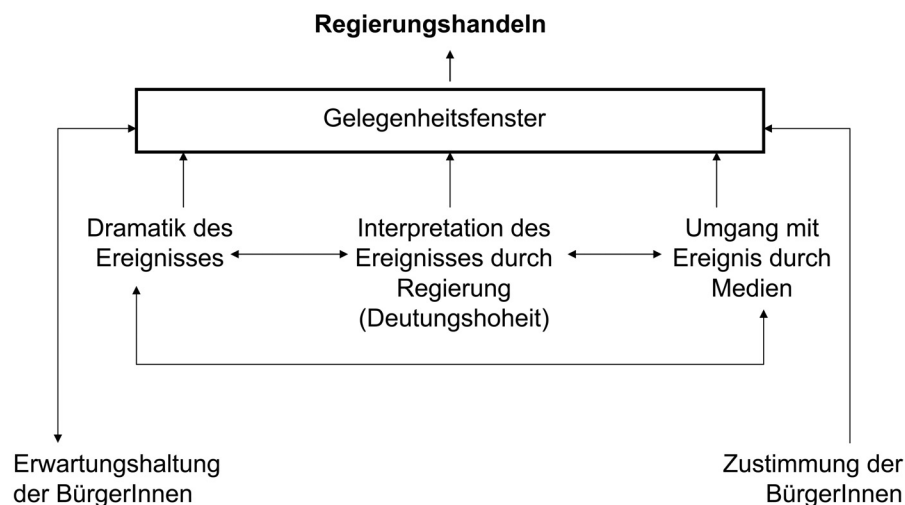
policy windows

Die Grundidee des Multiple-Streams-Modells (Kingdon 1984) ist es, dass *politische Entscheidungen* zum einen besonders *zeitkritisch*, zum anderen *ambivalent* sind. Zeitkritisch heißt, dass politische Akteure nicht frei in der Wahl des Zeitpunktes für ihr politisches Entscheiden sind. Vielmehr ergibt sich die Notwendigkeit, oder eben auch die Gelegenheit, zur politischen Entscheidung in besonderen Momenten, die näher beschreibbar sind. Diese Momente werden in diesem Modell *policy windows* genannt. Sie „öffnen“ sich im übertragenen Sinne unter zwei verschiedenen, möglichen Bedingungen. Erstens, weil ein besonderes Ereignis politische Entscheidungsträger dazu nötigt. Etwa eine Krise, oder eine äußere Bedrohungslage. Zweitens, weil besondere Machtressourcen einem politischen Akteur die Gelegenheit geben, nun aktiv zu werden. Das prominenteste Beispiel wäre eine besonders erfolgreich, also mit großem Stimmenvorsprung, gewonnene Wahl.

Die übrigen Kernelemente des Multiple-Streams-Modells sind für die Analyse dieser kritischen Situationen im Moment nachrangig. Konzentrieren wir uns auf das „policy window“, also das Gelegenheitsfenster. In der Sicherheitspolitik, so kann man in der Logik des Modells argumentieren, verläuft der Entscheidungsprozess regelmäßig eindimensional. Das heißt: aufgrund eines dramatischen Ereignisses, wie etwa terroristischer Anschläge oder neuer Erkenntnisse der Geheimdienste, öffnet sich ein Gelegenheitsfenster für Sicherheitspolitik. Und die

darauf folgenden sicherheitspolitischen Maßnahmen dürften regelmäßig restriktiver Natur sein, also „Verschärfungen“ bestehender Straftatbestände oder die Erweiterung des bestehenden Anwendungsbereiches einer strafrechtlichen Norm. Im Bereich des Polizeirechts werden polizeiliche Befugnisse erweitert oder neu normiert.

Abbildung 2: Modell eines Gelegenheitsfensters (Policy Window)

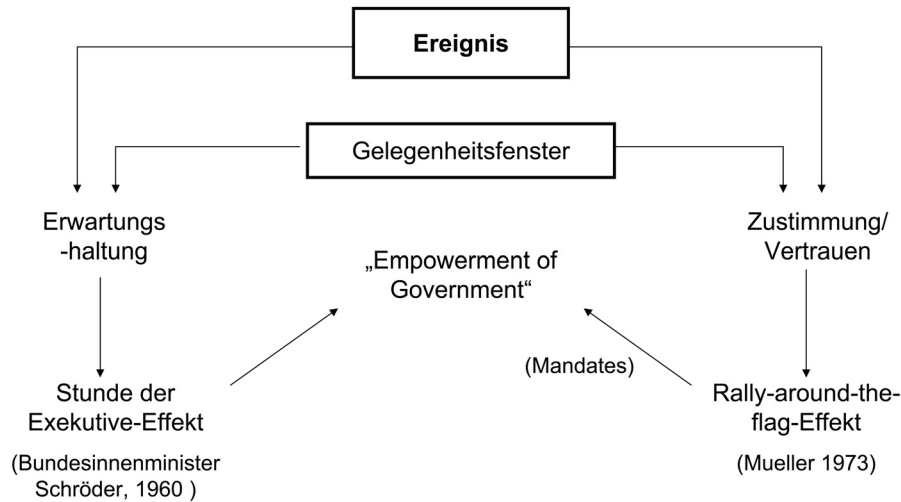


Was aber bedeutet „Dramatik des Ereignisses“? Ereignisse, wie etwa ein terroristischer Anschlag, müssen zunächst einmal eine gewisse Aufmerksamkeitschwelle überschreiten, um überhaupt kommuniziert und zur Kenntnis genommen zu werden. In modernen Mediendemokratien bedeutet das: sie müssen über einen bestimmten Nachrichtenwert verfügen. Zudem müssen die Ereignisse dazu angetan sein, die Bevölkerung zu „einen“ – es darf keine gesellschaftliche Bruchlinie entstehen oder von dem Ereignis verstärkt werden.

Werden die Ereignisse von der Politik als handlungsleitendes Moment anerkannt, ergibt sich ein iteratives Zusammenspiel von Medien und Politik. Politische Akteure, oder genauer: Regierungen, verfügen in diesen Situationen über besondere Fähigkeiten der Interpretation des Ereignisses und entwickeln insoweit „Deutungsmacht“. Von Regierungen wird erwartet, dass sie handeln, wenn Bedrohungssituationen auftreten. Sie verfügen über bessere Erkenntnisse zu den Ereignissen und sie verfügen über die Mittel, um den Gefahren entgegen zu treten.

Sie stehen insofern unter Handlungsdruck – das ist die eine Seite – aber ihnen wird dabei auch besondere Aufmerksamkeit und insofern Bedeutung zu teil. Sie können damit rechnen, dass im Gegenzug zur besonderen Erwartungshaltung der Bürgerinnen und Bürger deren Zustimmung zu allfälligen Maßnahmen zur Bekämpfung der Gefahren zu erwarten ist. Die Zustimmung- bzw. Vertrauenswerte von Regierungen steigen regelmäßig in solchen (akuten) Ausnahmesituationen.

Abbildung 3: Wirkungen des Gelegenheitsfensters



Stärkung der
Regierung

Aus beiden Wirkungssträngen, der Zustimmung durch die Bevölkerung einerseits und der Deutungsmacht der Regierung (aufgrund der Handlungslogik in Ausnahmesituationen) andererseits, resultiert letztlich eine *Stärkung der Regierung*.

4. Regierungshandeln in der Krise

Stunde der
Exekutive

Die *Erwartungshaltung* der Bürgerschaft bedeutet zunächst einmal, dass allgemein von der Regierung erwartet wird, dass sie „etwas“ unternimmt. Der frühere Bundesinnenminister Schröder nannte dies in den 1960er Jahren sehr zutreffend einmal die „Stunde der Exekutive“. Wenn der Notstand da ist, dann wird die Exekutive handeln müssen – so seine damalige Befürwortung der Notstandsgesetzgebung – und es sei besser, hierfür Regeln vorzugeben, als das Unvermeidliche einfach laufen zu lassen.

„Rally-around-the-
flag“-Effekt

Gleichzeitig rücken in diesen Bedrohungssituationen, zumal wenn sie von außen kommen, die Menschen zusammen – wie eben bereits angedeutet. Taktisch-politische Streitigkeiten treten in den Hintergrund, es tritt ein Effekt ein, den Mueller (1973) als „*Rally-around-the-flag*“-Effekt bezeichnete. Mueller bezog sich insbesondere auf den Korea- und Vietnamkrieg, aber unter der Voraussetzung der „Internationalität“ einer Krise bzw. ihrer die Gesellschaft nicht spaltenden Bedrohungswirkung (wie sie insbesondere bei terroristischen Anschlägen seit 2001 wohl angenommen werden darf) sind seine Erkenntnisse aus den 1960er Jahren nach wie vor gültig.

Die Regierung erhält auf diese Weise eine Machtressource, ein Mandat zu handeln – nicht nur aufgrund Erwartungshaltung, sondern auch durch Zustimmung oder Vertrauen. Nun hat Kingdon (1984), der Vater des Multiple-Streams-

Modells, diesen analytischen Zugriff im Hinblick auf *policies* offen gelassen und das Modell insofern als Instrument der policy-Analyse neutral gehalten. Es zeigt sich bei der Betrachtung von Policy-Entscheidungen, dass sein Multiple-Streams-Modell, wenn man es sozusagen „konstruktivistisch“ um die Komponenten „Deutungsmacht“ und „Vertrauens- bzw. Zustimmungsbildung“ erweitert, ganz besonders geeignet scheint, sicherheits- und freiheitspolitische Entscheidungen zu analysieren und zu verstehen.

Besonders interessant ist hier das Zusammenspiel von Medienberichterstattung und kommunikativem Verhalten der politischen Akteure in der Regierung. Denn sie reagieren nicht nur aufgrund eines kommunizierten Bedrohungsszenarios und gedrängt durch die öffentliche Erwartungshaltung. Sie tragen selbst zur Intensivierung oder Verlängerung einer mutmaßlichen Bedrohungs- oder Krisensituation bei, sie erzeugen eine *securitization* des Diskurses. Der erwähnte „Rally-Effekt“ ist insofern sowohl situationsbedingt als auch artifiziell, zumindest wohl insoweit, als Regierungen über ihre Deutung der Situation – begrenzt – die Dauer ihrer verbesserten „Gelegenheitsstruktur“ mitbestimmen.

In Mediendemokratien wird damit eine Reihe von Konsequenzen ausgelöst: Erstens, *Policy-maker* erweisen sich in Krisensituationen als besonders *responsiv* gegenüber der Bevölkerung, oder genauer in den Worten Ernst Fraenkels: responsiv gegenüber dem *empirischen Volkswillen*. Zweitens, dabei geben sie allerdings den Interpretationsrahmen sowohl der „Krise“ als auch die zu ihrer Bewältigung mutmaßlich notwendigen „Maßnahmen“ vor, nämlich Sicherheitspolitik. Die „*securitization*“ des politischen Diskurses bedeutet insofern auch eine „*securitization*“ des policy-making an sich. Sicherheit wird zum dominierenden Wert, der sich auch neue politische Diskursarenen erobert. Diese „*securitization*“ bedeutet einen Machtressourcen-Vorteil. Aus Deutungsmacht wird originäre politische „Durchsetzungsmacht“. Und drittens, verlieren *Parlamente*, als Ort und Hort der politischen Deliberation, der Produktion von, wieder in den Worten von Ernst Fraenkel: „hypothetischem Volkswillen“, angesichts dieser Entwicklung situationsbezogen an Bedeutung. In dem Maße, in dem die „Stunde der Exekutive“ anhält, stehen die klassischen parlamentarischen Verfahren der politischen Willensbildung im Vorfeld formalen Entscheidens unter Druck. Auch hier sprechen die Beratungstage von sicherheitsrelevanten Vorlagen (also: Verschärfungen im Polizei- oder Strafrecht) in bzw. unmittelbar nach Krisen- oder Bedrohungssituationen eine deutliche Sprache. Die plebiszitäre Komponente moderner Demokratien untergräbt die repräsentative.

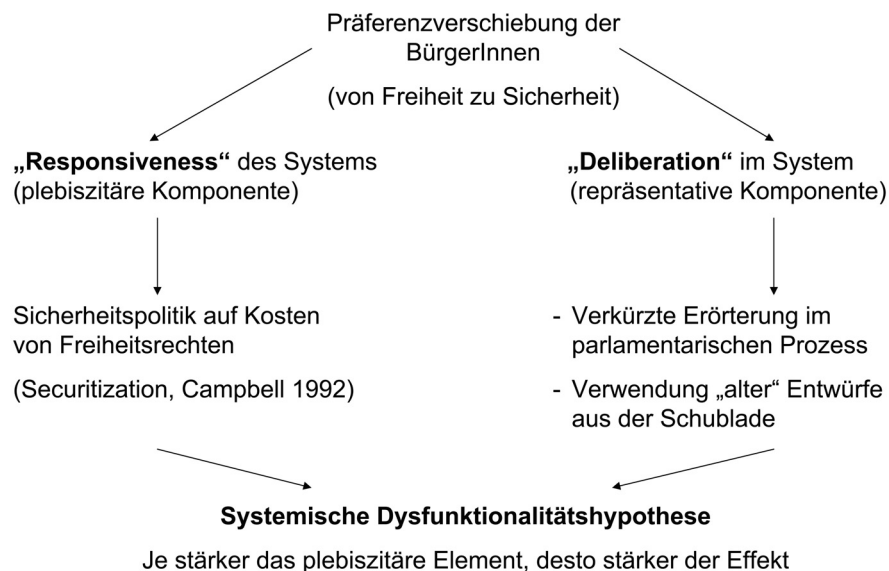
Viertens schließlich verstärken Medien – freilich ungewollt – die Anreize für politische Akteure (in der Regierung), von ihrer Deutungsmacht, die sie in Krisensituationen haben, auch Gebrauch zu machen und policy-Entscheidungen durchzusetzen.

empirischer
Volkswille

Aus Deutungsmacht
wird politische
„Durchsetzungs-
macht“

Die plebiszitäre
Komponente
moderner
Demokratien
untergräbt die
repräsentative.

Abbildung 4: Funktionales Dilemma repräsentativer Demokratien



5. Versagen von Parlamenten und Öffentlichkeit

Vor dem Hintergrund dieser Ablauflogik steht zu befürchten, dass *weder* die Öffentlichkeit, noch die Parlamente einen hinreichenden *akuten Schutz* für Freiheitsrechte bieten.

Die Öffentlichkeit fällt als „Hüter der Freiheit“ aus, weil erstens Ausnahmesituationen die Präferenzen verändern, also den Stellenwert von Freiheitswerten absenken und von Sicherheit erhöhen. Und zweitens, weil die Öffentlichkeit in derartigen Ausnahmesituationen keine „Kontrollfunktion“ einnimmt, sie ist Teil des „*Polizierens*“ (Reichert 2007). In ihren Deutungen der jeweiligen Problemlage und der Leistungsfähigkeit der Institutionen zur Herstellung innerer Sicherheit steht sie unter dem Einfluss der Medienlogik, insbesondere der Selektions- und Präsentationslogik. Das Zusammenspiel von politischen Akteuren, die von Inszenierung abhängen, um Legitimation zu beschaffen, und den als eigenständige und nach einer eigenen Logik operierenden Medienakteuren, behindert ausgerechnet in Ausnahmesituationen die kritische Distanz.

Wenn dann Regierungen responsiv auf diese Bedürfnisstrukturveränderung reagieren – eine demokratisch absolut legitime Reaktion – hebeln sie gleichzeitig tendenziell das Parlament als Ort der Reflexion, der Kontrolle, der Genese eines wohlerwogenen allgemeinen Interesses, aus – dies zumindest in modernen Mediendemokratien, in denen sich auch Parlamentarier nicht der unmittelbaren Verantwortung gegenüber der Öffentlichkeit entziehen können.

Wir stellen allerdings auch fest, dass die Kommunikationsstrategien der Regierung zur artifiziiellen Verlängerung von Ausnahmesituationen glücklicher-

weise von nur begrenzter Wirkung sind. Man darf vermuten, dass sich derartige Verlängerungstechniken, etwa das permanente Beschwören einer terroristischen Gefahr, die Ausrufung eines „war on terrorism“, die fortlaufende Warnung vor Anschlägen in Verfassungsschutzberichten usw., gewissermaßen „verbrauchen“. Das dysfunktionale Gleichgewicht von Medienlogik, exekutivischem Primat und öffentlicher Loyalität wird instabil. Dabei liegt der Schlüssel zum Verständnis dieser Instabilität bei den Gesetzmäßigkeiten der Medienkommunikation. In diesem „journalistischen Feld“ (Bourdieu 1998) gelten Gesetzmäßigkeiten, die es jedweder Routine schwer machen, im Themenwettbewerb zu bestehen. Mit anderen Worten: Regierungen müssen einen immer höheren Aufwand betreiben, immer neue und größere Gefahren identifizieren, um dieses Thema medienkommunizierbar zu halten. Ökonomisch gesprochen steigen die Grenzkosten. Gleichzeitig setzt ein „Balancing-Bias-Effekt“ (in Analogie zur Klimadebatte, hierzu ausführlich Boykoff/Boykoff 2004) bei den Medien ein, die Medienakteure streben einen journalistischen Ausgleich an und die Kritik an der Regierung – nach einer Phase der Faszination – wird wieder zur berichtenswerten Neuigkeit. Die Präferenz für Freiheitswerte wächst im Verhältnis zur Sicherheit, und Parlamente beginnen wieder, entsprechend ihrer jeweiligen Verfahrensweisen, die Regierungsvorlagen intensiver und zeitaufwändiger zu bearbeiten.

Die Präferenz für Freiheitswerte wächst im Verhältnis zur Sicherheit

6. Welchen Schutz der Freiheit bieten die Verfassungsgerichte?

Zunächst einmal scheinen sie in der Tat prädestiniert für die besonders anspruchsvolle Aufgabe, in Ausnahmesituationen, in denen „demokratisch“ die Einschränkung von Bürgerrechten toleriert, und entsprechend der politischen Logik dieser Situationen faktisch durchgeführt wird, als Hüter hoher Verfassungsgüter, wie der Freiheitsrechte, zu fungieren. Ist es doch die vornehmste Aufgabe der Verfassung, in einer hypothetischen (oder auch faktischen) Stunde Null, die eigenen Hände zu binden, um in der Raserei des Moments den Abbruch wichtiger Grundfesten eines Gemeinwesens zu verhindern (Vorländer 2004). Die Aufgabe der Verfassungsgerichte ist es dabei, über diese Selbstbindung zu wachen, also gerade in Momenten der Bedrohung des ursprünglichen Verfassungskonsenses, diesen gegen Minderheiten und Mehrheiten gleichermaßen zu verteidigen.

Nun gibt es einen normativen Leitsatz des römischen Rechts, mutmaßlich ein Ausspruch von Cicero: *Inter arma silent leges*. Oder deutsch: in Zeiten des Krieges schweigen die Gesetze. Dahinter stehen im Kern zwei miteinander verbundene normative Aussagen, die auch auf ihre deskriptive Gültigkeit hin überprüft werden können. Zum einen die normative Überzeugung, dass Kriege von Regierungen unmittelbares, das Gemeinwesen sicherndes Handeln erfordern, und dass hierfür größere Spielräume von Nöten sind, als sie sonst Regierungen eingeräumt werden. Dabei muss es sich nicht unbedingt um Kriege zwischen Staaten handeln, in einem erweiterten Sinne lässt sich diese Maxime auch auf andere, kriegs-gleiche oder kriegs-ähnliche Situationen, also etwa akute terroris-

Inter arma silent leges

tische Bedrohungen oder Bürgerkriegssituationen, anwenden. Zum anderen folgt aber gerade aus der normativ geltenden Ausweitung der Ermessensspielräume der Exekutive zwingend auch, dass deren gerichtliche bzw. verfassungsgerichtliche Überprüfung ebenfalls in den Hintergrund treten muss. Mithin bedeutet das nichts anderes, als dass Beurteilungsspielräume der Verfassungsgerichte bei der Überprüfung von Regierungshandeln dann kleiner zu bemessen sind.

Eine empirische Bestandsaufnahme ist insgesamt schwierig und scheint im Ergebnis ambivalent. Wir haben es mit zwei Hauptproblemen zu tun: Erstens, wann können wir von einem Zustand „inter arma“ sprechen – mithin also auch die Frage: welche Rolle spielt der *Zeitabstand* zwischen Krise und Spruch? Und zweitens, wo finden wir entsprechende Urteile und Beschlüsse?

Am größten ist die Basis sicherlich in den USA. Der frühere Vorsitzende des Supreme Court, William Rehnquist, legte mit einer kleinen Untersuchung 1998 eine erste Bilanz vor. Beginnend mit der Rechtsprechung zum *Civil War* in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, über Fälle der so genannten „red scare“ (kommunistischen Bedrohung) während und nach dem Ersten Weltkrieg und schließlich der Internierung japanischstämmiger Amerikaner und ihrer Angehörigen in der Endphase des Zweiten Weltkrieges, entwirft Rehnquist ein zwiespältiges Bild. Von einem berühmt gewordenen Fall (*Milligan*) des amerikanischen Bürgerkrieges abgesehen, zeichnet sich in der Tat auch empirisch die Gültigkeit des normativ geltenden Dogmas von Cicero ab: Urteile, die in unmittelbarer zeitlicher Nähe zum Kriegsgeschehen, also während der Bedrohungslage, gefällt werden, tendierten zu einer regierungsfreundlichen und im Zweifel „freiheitskontingenten“ Linie. Je weiter der Spruch allerdings von der akuten Bedrohungslage entfernt liegt, desto regierungskritischer und sensibler für Bürgerrechte wird das Gericht. Die Urteile nach dem 11. September 2001 liegen in deutlichem zeitlichen Abstand zu den Anschlägen und stehen insofern als tendenziell bürgerrechtsfreundliche Entscheidungen in Übereinstimmung mit der „timelag“-Gesetzmäßigkeit (*Rasul vs. Bush* 2004; *Hamdi vs. Rumsfeld* 2004; *Rumsfeld vs. Padilla* 2004).

Rehnquist (1998) zieht aus der oben beschriebenen Tendenzaussage eine interessante Schlussfolgerung:

„If, in fact, courts are more prone to uphold wartime claims of civil liberties after the war is over, may it not actually be desirable to avoid decision on such claims during the war?“

Hier verdeutlicht sich die Doppelseitigkeit der Verfassungsrechtsprechung im Bereich der Bürgerrechte: sie dient dem individuellen Schutz des betroffenen Bürgers *und* sie hat Auswirkungen auf die weitere Praxis von Regierung und Parlament. Die erste Funktion ist angesichts des obigen vorläufigen Befundes für die Rechtsprechung des Supreme Court eher skeptisch zu beurteilen: das Verfassungsgericht fungiert also eher nicht als zuverlässiger „Hüter“ der Freiheit für den konkret Betroffenen. Denn in der Situation akuter Einschränkung der Freiheitsrechte fallen Entscheidungen nachteilig für ihn aus; und die bürgerrechtsfreundlichen kommen zu spät. Die zweite Funktion hingegen wird zumindest für die zeitlich nachlaufenden, tendenziell für Bürgerrechte sensibleren Entscheidungen als erfüllt anzusehen sein. Wie nachhaltig allerdings diese Wirkung ist, bleibt zu überprüfen.

7. Instabile Ausnahmesituationen als Schutz der Freiheit?

Welche Schlussfolgerungen ziehen wir für die Suche nach einem geeigneten, effektiven Hüter der Freiheit? Der Überblick zu den Verteidigungseigenschaften von Öffentlichkeit, Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit scheint insgesamt eher ernüchternd. Damit ist aber nicht gesagt, dass Gedanken an verbesserte Verfahren etwa im Gesetzgebungsprozess unnütze sind, die Eilverfahren und das praktisch diskussionslose Abnicken von Regierungsvorlagen wenn schon nicht ausschließen, so doch deutlich erschweren. Wenn schon die „Politisierung“ von Entscheidungen nicht hilfreich ist, so ist dies möglicherweise deren „Neutralisierung“ – etwa durch Einschaltung nicht-politischer Institutionen bei beschleunigten Gesetzgebungsvorhaben. Man denke nur an ein, vom Supreme Court 1987 leider vorzeitig eingestelltes, Experiment zur politisch-neutralen Durchsetzung notwendiger Haushaltskürzungen im Wege der so genannten „Sequestration“ (durch den Bundesrechnungshof) auf der Grundlage von Gramm-Rudman-Hollings 1985 (Sturm/Müller 1999). Für die Sicherung von Freiheitsrechten in Krisensituationen wären institutionelle, dem jeweiligen Regierungssystem angepasste Vorkehrungen wenigstens im parlamentarischen Verfahren zumindest überlegenswert. Ohne ein Mindestmaß an politischem Willen zum Widerstand und zum Einsatz für Freiheitsrechte geht es freilich dennoch nicht. Am wirkungsmächtigsten ist allerdings die Situationslogik der Krise selbst. Denn sie ist nicht stabil. So setzen nach und nach die Kontrollmechanismen – der Öffentlichkeit, der Legislativen und auch der Judikativen – wieder ein. Insofern ist der beste Hüter unserer Freiheit vielleicht die *Instabilität dysfunktionaler Policy-Prozesse in Krisensituationen*.

Am wirkungsmächtigsten ist allerdings die Situationslogik der Krise selbst.

Anmerkung

- 1 Der Autor dankt Martina Schlögel für wertvolle Anregungen. Im Übrigen vertritt der Autor seine persönliche wissenschaftliche Auffassung.

Literatur

- Alexy, Robert (1994), *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M.
 Bourdieu, Pierre (1998), *Über das Fernsehen*, Ditzingen
 Boykoff, Jules/Boykoff, Maxwell (2004), *Balance as Bias. Global Warming and the US Prestige Press*, in: *Global Environmental Change* 14, Nr. 2, S. 125-136.
 Campbell, David (1992), *Writing Security. United States Foreign Policy and the Politics of Identity*, Minneapolis
 Glaessner, Gert-Joachim (2003), *Sicherheit und Freiheit*, Opladen
 Hassemer, Winfried (2002), *Zum Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit. Drei Thesen*, in: *vorgänge* 159.
 Isensee, Josef (1982), *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin u.a.
 Kingdon, John W. (1984), *Agendas, alternatives, and public policies*, London
 Müller, Markus M./Schaal, Gary (2004), *Bürgerliche Freiheitsrechte und die Sicherheit im IT-Zeitalter*, in: *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft*, Nr. 4, Schwerpunkt-

- heft „Liberale Abwehrrechte im Zeitalter der neuen Informations- und Kommunikations-technologien“, S. 367-378.
- Mueller, John E. (1973), *War, Presidents and Public Opinion*, New York et al.
- Prantl, Heribert (2008), *Der Terrorist als Gesetzgeber. Wie man mit der Angst Politik macht*, München
- Rehnquist, William (1998), *All the Laws but One*, New York
- Reichertz, Jo (2007), *Die Medien als selbständige Akteure*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte (APUZ)* 12, S. 13-24.
- Sturm, Roland mit Markus M. Müller (1999), *Public Deficits. A Comparative Study of their Economic and Political Consequences in Britain, Canada, Germany and the United States*, London und New York
- Vorländer, Hans (2004), *Die Verfassung. Idee und Geschichte*, München