

Rechtsstaat in der Bewährung

WERNER MAIHOFFER

„Rechtsstaat in der Bewährung“ heißt das Thema, das Sie bei Ihren diesjährigen Bitburger Gesprächen zur Diskussion stellen. Ich fasse die Funktion meines einleitenden Referates als eine doppelte auf:

- zunächst in einigen grundsätzlichen Vorüberlegungen näher zu klären, was denn das ist, ein „*Rechtsstaat*“, von dem hier gesagt wird, daß er „in der Bewährung“ steht;
- danach in einigen grundlegenden Hinsichten beispielhaft zu verdeutlichen, um was für eine „*Bewährung*“ es in diesem unserem Rechtsstaat heute eigentlich geht.

I.

Was hier *Rechtsstaat* meint, scheint eine Selbstverständlichkeit und ist es doch nicht. Ganz im Gegenteil gehen darüber die Meinungen auch in der Wissenschaft weit auseinander. Dies aber ist nicht nur eine akademische Kontroverse, sie hat auch politische Konsequenzen, weil es jeweils ein ganz anderer „Rechtsstaat“ ist, der nach der einen oder anderen Auffassung heute und hier in der „Bewährung“ steht. Das gilt schon für die leider noch heute im Widerstreit stehenden formalen und materialen Grundauffassungen des Rechtsstaates. Sieht man den Rechtsstaat, wie etwa Forsthoff noch 1964 im Vorwort seiner verfassungsrechtlichen Abhandlungen über den „Rechtsstaat im Wandel“, als ein bloß formales Strukturprinzip, dann bedeutet das nicht nur, ich zitiere: „daß der Rechtsstaat formal, d. h. von bestimmten Strukturelementen der Verfassungsorganisation her, verstanden werden muß“. Als solche Strukturelemente, die „in ihrer sinnvollen Verbindung den Rechtsstaat ausmachen“, bezeichnet er: „die Grundrechte, die Gewaltenteilung, den Gesetzesbegriff, den rechtsstaatlichen Verfassungsvollzug, die Unabhängigkeit des Richters und einiges andere“.

Die Bewährung, die von einem solchen Rechtsstaat gefordert wäre, läge dann allein in der Achtung und Beachtung dieser *formalen Strukturelemente der Verfassungsorganisation*, durch die gewährleistet und sichergestellt ist, daß die Zwecke des Staates nur auf dem Weg des Rechts durchgesetzt werden können. Damit ist das Machtverhältnis des Staates zum Untertanen im früheren Obrigkeitsstaat im heutigen Rechtsstaat in ein Rechtsverhältnis des Staates zum Bürger verwandelt, mit all jenen rechtlichen Sicherungen durch Grundrechtsverbürgungen, Minderheitenschutz, Gewaltenteilung und Rechtsbindung aller Gewalt, die unseren heutigen Rechtsstaat von der formalen Seite her betrachtet ausmachen.

Die Bewährung dieser formalen Errungenschaften, d. h. ihre Bewahrung und Verteidigung gegen jede nicht mehr auf „Gesetz und Recht“, sondern auf „Gewalt und Willkür“ gegründete Herrschaft von Menschen über Menschen, ist die eine auch für uns unverzichtbare Seite dessen, was Bewährung des Rechtsstaates heute bedeutet und fordert. Dennoch ist dies nur die eine, formale Seite des Rechtsstaates und seiner Bewahrung, daß wir die verfassungsmäßigen Grundrechtsverbürgungen ebenso achten und beachten wie die verfassungsmäßige Gewaltenteilung in einem Rechtsstaat.

Dazu muß kommen ebenso aber auch die Bewahrung und Verteidigung der *materialen Strukturprinzipien unserer Verfassungsorganisationen*, die diesen unseren Rechtsstaat, im Unterschied zum früheren obrigkeitlichen des 19. Jahrhunderts, überhaupt erst zu einem *freiheitlichen Rechtsstaat* machen.

Im Unterschied zur formalen Konzeption des Rechtsstaates, die sich, wie etwa bei Forsthoff noch ausdrücklich zu finden ist, dagegen verhält: „den Rechtsstaat mit sozialen, ethischen oder sonstigen materialen Gehalten — etwa von der Menschenwürde (Art. 1 GG) her — aufzuladen“, ist für uns heute die Bewahrung, d. h. die Bewahrung und Verteidigung nicht nur der formalen Strukturen, sondern der materialen Prinzipien dieses unseres freiheitlichen Rechtsstaates, die eigentliche Frage, um die es auch in den aktuellen Kontroversen auf der politischen Szene geht. Denn anders als bei den Extremisten von links und rechts, die bereits die formalen Strukturen unseres Rechtsstaates, wie Grundrechtsverbürgungen oder Gewaltenteilung, grundsätzlich in Frage stellen, herrscht über diese Seite der Sache unter Demokraten ebenso grundsätzliche Übereinstimmung. Wo hier die Auffassungsunterschiede beginnen, das ist eben die Ausdeutung und Handhabung der materialen Prinzipien, die diesen unseren freiheitlichen Rechtsstaat ausmachen.

Auch hier könnte es zunächst scheinen, daß, was freiheitlicher Rechtsstaat meint, eigentlich eine ausgemachte Selbstverständlichkeit sei. Dem ist leider nicht so. Im Gegenteil bestehen hier grundsätzliche Auffassungsunterschiede selbst zwischen Demokraten, die in unterschiedlichen geistigen Herkünften begründet zu sein scheinen, wie sie sich auch in der Ideengeschichte der vom mittelalterlichen sich ablösenden neuzeitlichen Staatsauffassung spiegeln.

II.

Es wäre von einigem Reiz, diese verschiedenartigen Staatsauffassungen, wie sie sich vor allem bei Thomas Hobbes auf der einen und bei Immanuel Kant auf der anderen Seite finden, aus ihrem jeweiligen Menschbild und Gesellschaftsverständnis heraus zu entwickeln. Kommen in diesen gegensätzlichen Deutungen doch nicht irgendwelche beliebigen Unterschiede der Meinungen zum Ausdruck, sondern die in der Sache des Rechtsstaates selbst liegenden Gegensätze, um deren Austrag und Auflösung es in jedem auf das Recht gegründeten Staat geht und gehen muß, wie sich bis in die aktuellen Themen der Tagespolitik hinein dartun läßt. Ich kann hier nur an das Ergebnis dieser unsere Epoche

der Moderne noch heute bestimmenden Versuche einer Antwort auf die Frage nach der juristischen Legitimation des Staates erinnern.

Für beide ist der Staat nicht Selbstzweck, er ist, wie schon Hobbes feststellt, „nicht seinetwegen, sondern der Bürger wegen eingerichtet worden“. Oder: wie es dann in unserem Herrenchiemseer Entwurf zu Artikel 1 des Grundgesetzes heißt: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.“

Mit anderen Worten, der Staat hat seinen Zweck nicht in sich, sondern im Menschen. Er ist darum politisch legitimiert nur soweit und solange er diesen Zweck erfüllt. „Endzweck“ des auf das Recht gegründeten Staates ist für Hobbes die *Sicherheit* als Bedingung der Selbsterhaltung des Menschen, bei Kant die Freiheit als Bedingung der Selbstentfaltung des Menschen. Es ist leicht zu erkennen, daß beide Zwecke des Staates offenbar immer nur eine Seite des Menschen betreffen, die ihm beide unabdingbar wesentlich sind.

Die Frage stellt sich darum auch für uns heute nicht dahin, ob der Staat Freiheit *oder* Sicherheit zu gewährleisten habe, sondern, wie er mit den Mitteln des Rechts seinen Zweck als Rechtsstaat erreichen kann: die größte mögliche Freiheit des einzelnen *und* zugleich Sicherheit der anderen zu gewährleisten.

Für einen liberalen Demokraten ist so die anarchische Position ebenso unannehmbar, welche die Freiheit des einzelnen über alles setzt, ohne die Sicherheit aller zu gewährleisten, wie die autoritäre Position, welche die Sicherheit der anderen über alles setzt, ohne die Freiheit des einzelnen zu verbürgen, wie wir dies in diktatorischen Systemen unter linken wie rechten Vorzeichen gleichermaßen erleben.

Worum es in einem demokratischen System so allein geht, das sich inhaltlich als ein freiheitlicher Rechtsstaat versteht, ist der richtige Austrag der im Menschen selbst liegenden Spannung zwischen der Freiheit jedes einzelnen und der Sicherheit für alle anderen. Ist doch ein Mehr an Freiheit des einzelnen (man denke etwa nur an die Verkehrsverhältnisse) regelmäßig ein Weniger an Sicherheit aller und umgekehrt.

So, wie die Menschen und die Welt nun einmal sind, hätte absolute Freiheit ebenso absolute Unsicherheit zur Folge, wie absolute Sicherheit nur unter der Voraussetzung absoluter Unfreiheit erreichbar wäre.

Sehen wir so den *Rechtsstaat* als einen Staat der größten und gleichen Freiheit und Sicherheit aller, dann entscheidet über seine *Bewährung*: ob er in allem staatlichen Handeln in Legislative, Exekutive und Judikative die jeweils *richtige Mitte zwischen der Freiheit des einzelnen und der Sicherheit der anderen* wahrt und bewahrt.

Dabei allerdings sind bei einem Konflikt zwischen diesen Prinzipien der Freiheit und Sicherheit gegensätzliche Lösungen, die von einem verschiedenen Rangverhältnis dieser Werte bestimmt sind.

Für den einen heißt im Spannungsverhältnis und Widerspruch zwischen Freiheit und Sicherheit die Antwort: im Zweifel für die Sicherheit, für den anderen im

Zweifel für die Freiheit! Die eine Antwort gibt so im Streitfall und Zweifelsfall — wie schon Hobbes — der Sicherheit den Vorrang vor der Freiheit; die andere dagegen — wie schon Kant — der Freiheit den Vorrang vor der Sicherheit.

Mir scheint nicht nur, daß in diesen unterschiedlichen Positionen viele der Kontroversen begründet sind, die uns bis in die heutige Tagespolitik beschäftigen. Mir scheint auch, daß in dieser verschiedenartigen Priorität der Sicherheit vor der Freiheit oder der Freiheit vor der Sicherheit der Grundunterschied zwischen den Konservativen und den Liberalen liegt, in einem hier nicht parteipolitischen Sinne genommen.

Fragen wir allerdings, wie in einem freiheitlichen Rechtsstaat nach der ihm von seinem eigenen Vorzeichen: „freiheitlich“ her eigenen Priorität der Prinzipien die Antwort auf diese Frage lauten soll, dann lautet die Antwort:

„Im Zweifel für die Freiheit!“

Deshalb heißt es in unserem Strafprozeß im Zweifel auch hier zwischen Freiheit und Sicherheit hinsichtlich Unschuld oder Schuld des Angeklagten: „in dubio pro reo!“ — also für Unschuld und damit Freiheit des Angeklagten.

Deshalb heißt insgesamt im Widerspruch zwischen Freiheitsverbürgung und Sicherheitsgewährung in einem freiheitlichen Rechtsstaat die Antwort: „in dubio pro libertate!“ — im Zweifel für die Freiheit.

Das hat zur Folge, daß auch bei jeder Gesetzgebung in einem freiheitlichen Rechtsstaat derjenige die zwingende Notwendigkeit eines Gesetzes dartun muß, der eine Freiheitseinschränkung zugunsten der Sicherheit der anderen vornehmen will; und nicht umgekehrt eine Freiheitsgewährung zu Lasten der Sicherheit der anderen.

Der freiheitliche Rechtsstaat steht so in seiner Bewährung unter dem doppelten Grundsatz:

Soviel Freiheit wie möglich! Soviel Sicherheit wie nötig,

und nicht umgekehrt. Auch er gewährleistet so die *nötige Sicherheit*, aber zugleich die *mögliche Freiheit*.

III.

Der freiheitliche Rechtsstaat bewährt sich in den großen Herausforderungen, in denen er heute steht: der Herausforderung durch den *Extremismus* und den *Terrorismus*, wenn er die nötige Sicherheit schafft, ohne die mögliche Freiheit über das zwingend Notwendige hinaus einzuschränken.

Daß *Extremisten*, gleich ob von rechts oder von links, im öffentlichen Dienst keinen Platz haben, ist gemeinsame Grundüberzeugung aller Demokraten in unserem Lande. „Der freiheitliche demokratische Rechtsstaat kann und darf sich nicht in die Hand seiner Zerstörer geben“, hat zuletzt das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 22. Mai vergangenen Jahres mit aller nur wünschenswerten Deutlichkeit festgestellt.

Die Frage, um die es die ganzen letzten Jahre sachlich allein ging und geht, ist die: Wie muß das Verfahren gestaltet sein, in dem darüber entschieden wird,

ob jemand, der sich um Aufnahme in den öffentlichen Dienst bewirbt, die Gewähr der Verfassungstreue bietet?

Alle hierfür möglichen Lösungen reduzieren sich bei näherem Zusehen auf zwei. Die eine Alternative: Auf pauschal feststellbare Merkmale abzuheben, wofür sich die Mitgliedschaft eines Bewerbers in Parteien oder Organisationen, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgen, als das Nächstliegende anbietet. Die andere Alternative: Bei der Entscheidung über die Einstellung jeweils im Einzelfall zu fragen, ob der Bewerber nach allen bekanntgewordenen, „in der Person des Bewerbers liegenden Umständen“ die Gewähr bietet, „jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten“.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in seinem grundlegenden Beschluß zur Frage der Fernhaltung von Extremisten vom öffentlichen Dienst eindeutig für die zweite Alternative ausgesprochen und dazu ausgeführt, daß der Beurteilung des Bewerbers, ob er die Gewähr der Verfassungstreue bietet, ein — ich zitiere wörtlich — „prognostisches Urteil über die Persönlichkeit des Bewerbers“ zugrunde liegen müsse, das „nur den Einzelfall im Auge hat“ und sich jeweils auf „eine von Fall zu Fall wechselnde Vielzahl von Elementen und deren Bewertung“ gründet.

Zu diesen Beurteilungselementen rechnet das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich: „Äußerungen, Teilnahme an Demonstrationen, politische Aktivitäten, Zugehörigkeit zu irgendwelchen Gruppen, Vereinigungen oder politischen Parteien“; ohne jede Hervorhebung des Vorrangs oder gar Übergewichts eines dieser Elemente; auch nicht des Elements „Zugehörigkeit zu politischen Parteien“. Auch diese steht hier in einer Reihe und auf einer Ebene mit anderen „Tatsachen“, sie steht sogar am Schluß dieser hierzu im Beschluß gegebenen Aneinanderreihung.

Folgerichtig betont das Gericht, daß es bei der Verfassungstreue um ein „Prognoseurteil über die Bewerberpersönlichkeit“, nicht lediglich um die Feststellung solcher Einzelelemente gehe. Das Bundesverfassungsgericht verdeutlicht dies gerade in Hinsicht auf die Parteimitgliedschaft nochmals ausdrücklich. Es sagt — lassen Sie mich auch diesen Schlüsselsatz wörtlich zitieren —: „Ein Teil des Verhaltens, das für die hier geforderte Beurteilung der Persönlichkeit des Bewerbers erheblich sein kann, kann auch der Beitritt oder die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei sein, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgt — unabhängig davon, ob ihre Verfassungswidrigkeit durch Urteil des Bundesverfassungsgerichts festgestellt ist oder nicht.“ Auch die Parteimitgliedschaft wird so hier lediglich als ein „Teil“ des Verhaltens bezeichnet, das für die geforderte Persönlichkeitsbeurteilung erheblich sein „kann“, aber nicht muß.

Dazu muß im Regelfall zumindest der persönliche Eindruck kommen, den die Einstellungsbehörde von dem Bewerber im Einstellungsgespräch gewonnen hat, und vor allem — das Bundesverfassungsgericht sieht hier ausdrücklich den „Schwerpunkt“ des Prognoseurteils — das Bild, das sich die Verwaltung über

den Anwärter während des Vorbereitungsdienstes bzw. in der Probezeit aus unmittelbarer Beobachtung gemacht hat.

Nur auf die Gesamtbewertung dieser Gesamterkenntnis darf sich das prognostische Urteil gründen, ob der Bewerber die Gewähr der Verfassungstreue mitbringt, die wir bei jedem Staatsbürger zunächst voraussetzen. Keinem der einzelnen Beurteilungselemente kann dabei, auch nicht im Wege gesetzlicher Vermutungen, Beweislastregeln oder gar Beweislastvermutungen, wie gesagt wird, ein Vorrang oder Übergewicht über andere eingeräumt werden. Ein solches Vorgehen führte statt zum geforderten prognostischen Gesamturteil über die Bewerberpersönlichkeit im Alltag leicht zur bloßen Formalentscheidung nach Karteilage.

Und dies wäre auch unter *dem* Gesichtspunkt ein gewiß verhängnisvolles Vorgehen, weil dabei nur allzu leicht vergessen würde, daß vielfach gerade die gefährlichsten Extremisten nicht über die Schiene der Parteimitgliedschaft in den öffentlichen Dienst drängen, sondern unter Verschweigung oder auch — und dies nicht zufällig — unter Vermeidung jeglicher Parteimitgliedschaft.

Bisher haben offensichtlich parteipolitische Überlegungen eine gesetzgeberische Lösung verhindert, die in strenger Einzelfallprüfung nach differenzierten Kriterien ohne jeden pauschalen Automatismus verfährt und eine bundeseinheitliche Regelung gewährleistet. Ich gebe dennoch die Hoffnung nicht auf, daß es am Ende auf der Grundlage und nach Maßgabe der Extremistenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu einem einheitlichen Einstellungsverfahren kommt, das auch hier die rechtsstaatliche Mitte zwischen Freiheit und Sicherheit hält.

Um die Bewährung unseres Rechtsstaates geht es auch beim zweiten Beispiel, dem *Terrorismus*.

Der vor allem aus der Strategiekonzeption der südamerikanischen Stadtguerillas auch in unser Land importierte Terrorismus hält den individuellen Terror von revolutionären Gruppen für das geeignete Mittel, das als „Klassenherrschaft“ und „Gewaltherrschaft“ denunzierte System der freiheitlichen rechtsstaatlichen Demokratie umzustürzen.

Da eine „revolutionäre Situation“ trotz aller entgegengesetzten Behauptungen in einem politischen System wie unserer liberalen und sozialen Demokratie nicht besteht, soll sie durch die terroristische Strategie zunächst überhaupt erst herbeigeführt werden. Folgerichtig sieht diese Strategie des Terrorismus ihr erstes Ziel darin, das reformerische Potential in unserer Gesellschaft zwischen den eskalierenden Fronten zu zerreiben und so die angebliche „Reformunfähigkeit der Gesellschaft“, die den Vorwand für die eigene revolutionäre Strategie liefern soll, notfalls „herbeizubomben“. Zu der für den Erfolg dieses strategischen Konzepts erforderlichen Gewinnung einer wachsenden Schar revolutionärer Sympathisanten muß dabei der freiheitliche Rechtsstaat so herausgefordert und gedemütigt, provoziert und diffamiert werden, daß er sich in Überreaktionen wie ein Polizeistaat verhält.

Ernsthaft gefährlich an diesem Terrorismus sind so nicht seine politischen Zielsetzungen eines gewaltsamen Umsturzes unseres politischen Systems, sondern seine kriminellen Auswirkungen auf Leben und Freiheit unserer Bürger; nicht also die in ihm steckende sogenannte politische Kriminalität, sondern die aus ihm folgende apolitische und antisoziale Kriminalität gemeiner Straftaten solcher terroristischer Vereinigungen gegen die Rechtsgüter des allgemeinen Strafrechts. Gilt auch und gerade für einen freiheitlichen Rechtsstaat doch: Mord ist Mord und Raub ist Raub, ohne Rücksicht auf pseudopolitische Motivationen solcher gemeinen Verbrechen.

Fragen wir nun, wie diesen terroristischen Aktivitäten entgegenzutreten sei, so bieten sich, auf vereinfachte Grundmuster zurückgeführt, drei Strategien an, nämlich

1. eine Strategie kriegsmäßiger Bekämpfung unter weitgehender Ausschaltung der Polizei, wie sie Großbritannien gegenüber den separatistischen Terroristen in Nordirland verfolgt;
2. eine Strategie der polizei- und justizmäßigen Bekämpfung unter Verschärfung des allgemeinen Strafrechts;
3. eine Strategie der polizei- und justizmäßigen Bekämpfung unter Schaffung spezieller Normen des Strafrechts gegen terroristische Organisationen.

Einer Situation wie der unsrigen ist allein die letzte dieser Strategien angemessen. Die Bundesregierung hat von Anfang an diesen Weg verfolgt. Das Schwergewicht war dabei einmal darauf gerichtet, der terroristischen Herausforderung durch eine verstärkte kriminalpolizeiliche Bekämpfung auf dem Boden des geltenden Rechts zu begegnen. Dank der Erfolge, die den Sicherheitsbehörden von Bund und Ländern hierbei gelungen sind, hat sich die Lage in unserem Lande gegenüber dem vergangenen Jahr erfreulich entspannt.

Weitere Verbesserungen der Abwehr gegen terroristische Bestrebungen soll der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung, des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Bundesrechtsanwaltsordnung bringen, der zur Zeit dem Bundestag zur abschließenden Beratung vorliegt.

Die juristischen Konsequenzen aus den neuartigen Erscheinungsformen des organisierten Terrorismus müssen dabei so gezogen werden, wie es nach rechtsstaatlichen Grundsätzen geboten ist: so eng wie möglich angesetzt, so streng wie möglich begrenzt. Das Kernstück dieser Bemühungen wird die präzise Formulierung eines Straftatbestandes der terroristischen Vereinigung in einem neuen § 129a StGB sein, der Anknüpfungspunkt für alle speziellen Normen und damit zugleich auch ihrer Begrenzung auf den Anwendungsbereich des Terrorismus sein muß. Nur so finden wir auch hier die rechtsstaatliche Mitte zwischen der Freiheit des einzelnen und der Sicherheit aller.

Bei dem hier in der Sache liegenden Konflikt zwischen den Prinzipien der Freiheitsverbürgung für jeden einzelnen und der Sicherheitsgewährung für alle Bürger stellt sich die Frage für den Gesetzgeber dahin, daß derjenige die

zwingende Notwendigkeit des Gesetzes dartun muß, der eine Freiheitseinschränkung des einzelnen zugunsten der Sicherheit der anderen vornehmen will. Hat sich der Gesetzgeber nach gewissenhafter Abwägung entsprechend den Grundsätzen, wie ich hier dargelegt habe, für eine solche Einschränkung entschieden, dann liegt es an den anderen Gewalten, an der vollziehenden und an der rechtsprechenden Gewalt also, das beschlossene Gesetz einerseits wirksam, andererseits aber auch rechtmäßig so anzuwenden, wie es die im Rechtsstaatsprinzip enthaltenen Gebote, etwa allgemein der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit oder im besonderen das Prinzip des am wenigsten rechtsgutverletzenden Eingriffs oder der schuldangemessenen Strafe, verlangen.

Unser freiheitlicher Rechtsstaat heute ist mit all seinen Machtmitteln und Rechtsmitteln in Polizei und Justiz ein starker Staat. Er bewährt sich als freiheitlicher Staat auch in den großen Herausforderungen durch Extremismus und Terrorismus eben dadurch, daß er auch bei äußersten Provokationen mit allen staatlichen Reaktionen streng auf dem Boden des Rechts bleibt.

Nur solche rechtsstaatliche Gesinnung der Liberalität garantiert Demokratie. Nur sie bewahrt im rechtsstaatlichen Handeln der staatlichen Gewalten in Legislative, Exekutive und Judikative die richtige Mitte zwischen Freiheitsverbürgung und Sicherheitsgewährung auch bei der inneren Verteidigung unseres freiheitlichen Rechtsstaates gegen Extremismus und Terrorismus.

Darin liegt die *Bewährung unseres Rechtsstaates* heute.