

Deutsch-Türkisches Forum
für Staatsrechtslehre

herausgegeben von

Prof. Dr. Otto Depenheuer

Band 4

LIT

Otto Depenheuer, İlyas Dogan, Osman Can (Hg.)
Auf dem Weg zu gemeinsamen
europäischen Grundrechtsstandards

LIT

Bibliografische Information 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 978-3-8258-0570-8

© LIT VERLAG Dr. W. Hopf Berlin 2007

Auslieferung/Verlagskontakt:

Fresnostr. 2 48159 Münster

Tel. +49 (0)251-6203 20 Fax +49 (0)251-23 1972

e-Mail: lit@lit-verlag.de <http://www.lit-verlag.de>

Inhalt

Vorwort	7
I. Der verfassungsrechtliche Rechtsschutz des Individuums	
<i>Evelyn Haas</i> Glanz und Elend der Verfassungsbeschwerde in Deutschland	9
<i>Christoph Grabenwarter</i> Die Beschwerde beim EGMR – Stand und Entwicklungen	21
<i>Fazıl Saglam</i> Die Diskussion über die Einführung der Verfassungsbeschwerde in der Türkei	33
II. Grundrechtliche Freiheit im Zeitalter des Terrorismus	
<i>Martin Ibler</i> Grundrechtliche Freiheit im Zeitalter des Terrorismus – aus deutscher Perspektive	47
<i>Hayrettin Ökcesiz</i> Grundrechtliche Freiheit im Zeitalter des Terrorismus – aus türkischer Perspektive	67
<i>Thomas von Danwitz</i> Grundrechtliche Freiheit im Zeitalter des Terrorismus – aus europäischer Perspektive	79
Autorenverzeichnis	97
Teilnehmerverzeichnis	99

Grundrechtliche Freiheit im Zeitalter des Terrorismus – aus deutscher Perspektive

Martin Ibler

I. Grundlagen und Herausforderungen

Dank des Grundgesetzes von 1949 ist der Schutz der Freiheit der Menschen in Deutschland so stark wie nie zuvor in der deutschen Geschichte. Dafür gibt es viele Gründe; drei von ihnen will ich einleitend hervorheben:¹

1. Ein erster Grund ist die Schaffung eines Grundrechtskatalogs an der Spitze des Grundgesetzes; er umfasst die meisten Ausdrucksformen der Freiheit (z. B. Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Bewegungsfreiheit, Meinungs-, Presse- und Kunstfreiheit, Glaubensfreiheit, allgemeine Handlungsfreiheit). Dabei ist der Grundrechtskatalog sachlich-nüchtern: Er enthält einerseits keine Freiheitsversprechungen, die der Staat nicht erfüllen könnte (wie dies z. B. für einen grundrechtlichen Anspruch auf einen Arbeitsplatz gelten würde, aber etwa auch für ein Grundrecht auf umfassende Sicherheit). Andererseits lässt er eine Auslegung der Grundrechte zu, durch die auch nicht ausdrücklich erwähnte Freiheitsgehalte in den Grundrechtsschutz einbezogen werden können: Ich erinnere an das berühmte Volkszählungs-Urteil², in dem das BVerfG aus dem allgemeinen Persönlichkeitsgrundrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG) das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung entwickelt hat.

2. Ein zweiter wichtiger Grund für den kraftvollen Grundrechtsschutz heute ist die Geltung der Grundrechte als alle Staatsgewalten unmittelbar bindendes Recht. Diese unmittelbare Bindung wird in Art. 1 Abs. 3 GG ausdrücklich angeordnet. Sie ist eine Abkehr von der Rechtslage unter der Weimarer Reichsverfassung von 1919 und eine Reaktion auf die Erfahrungen in der nationalsozialistischen Diktatur 1933.

¹ Weitere Gründe für einen starken Freiheitsschutz in Deutschland sind z. B. die durch das Bundesstaatsprinzip erreichte besondere Gewaltenteilung, die Garantie von Grundrechten auch in den Verfassungen der Bundesländer, in einigen Bundesländern ergänzt durch die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde vor dem Landesverfassungsgericht.

² Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 65, 1 ff.

- 1945. Dabei soll allerdings nicht verschwiegen werden, dass diese ausdrücklich auf die Staatsgewalt fixierte Grundrechtsbindung zugleich deutlich macht, dass die Grundrechte in Deutschland, anders als im Recht vieler anderer Staaten, als (Abwehr-) Rechte nur gegen den Staat gelten, dass also eine unmittelbare Grundrechtsbindung der Bürger untereinander ausscheidet. Dies führt zu gewissen dogmatischen Schwierigkeiten, für die früher das Stichwort „mittelbare Drittwirkung der Grundrechte unter Privaten“ genügte. Heute gehört auch die verfassungsdogmatische Konstruktion der sog. Schutzpflichten des Staates, die für die Abwehr terroristischer Bedrohungen mit einschlägig ist, in diesen Zusammenhang,³ denn der Staat muss die Grundrechte auch vor Angriffen privater Dritter schützen.

3. Ein dritter wichtiger Grund für die Wirkkraft der Grundrechte unseres Grundgesetzes ist der Schutz der Grundrechte durch unabhängige Richter. Er wird vor allem durch zwei Verfassungsentscheidungen erreicht: Durch das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz als Schlussstein und Krönung des Grundrechtskatalogs (Art. 19 Abs. 4 GG) und durch die Errichtung des Bundesverfassungsgerichts mit seiner Kompetenz zur Entscheidung über Verfassungsbeschwerden. Der Schutz der Grundrechte durch einfache Gerichte und durch das Bundesverfassungsgericht sichert die grundrechtliche Freiheit der Menschen auch im weltweiten Vergleich vorbildlich.⁴ Durch die Überordnung des Bundesverfassungsgerichts über die einfachen Gerichte, die vor allem in der Bindungswirkung seiner Entscheidungen zum Ausdruck kommt (vgl. § 31 BVerfGG), schafft unsere Rechtsordnung zugleich ein Fundament für eine einheitliche und damit wirkungsvolle Grundrechtsdogmatik.

Trotz dieses starken Grundrechtsschutzes war und ist die grundrechtliche Freiheit der Menschen jeden Tag vielfältig bedroht. Sie ist bedroht durch bekannte Risiken, weil z. B. die Verwaltung bei der Erfüllung ihrer täglichen Aufgaben unzulässig in Grundrechte eingreifen kann. Jüngst aber ist eine neue Gefahr für die Freiheit entstanden: Neue Formen eines sog. islamistischen Terrorismus⁵ bedrohen die Menschen und veranlassen dadurch den Staat zur Reaktion, auch zur Überreaktion. Vom kriminellen deutschen Terrorismus der 70er Jahre unterscheiden sich die

³ Vgl. dazu z. B. *Christian Callies*, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, in: *Juristenzeitung (JZ)* 2006, 321 (325).

⁴ Zu den Nachteilen des Fehlens einer Verfassungsbeschwerde im türkischen Verfassungsrecht vgl. z. B. *Fazıl Sağlam*, Die Türkei auf dem Weg zum Rechtsstaat – Stand und praktische Umsetzung der Reformen, in: *Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2005/II* (2006), S. 179 (197 f.).

⁵ Z. B. *Lutz Diwell*, Aufgabenverbund von Polizei und Geheimdiensten bei der Bekämpfung des islamistischen Terrorismus, in: *Schreckenberger (Hrsg.), Speyerer Arbeitsheft Nr. 175* (2005), S. 11 ff.

neuen kriminellen Erscheinungsformen allerdings deutlich:⁶ Weder beschränkt sich die Zahl möglicher Täter auf einen vergleichsweise kleinen, klar eingrenzenden Kreis oftmals sogar bekannter Terroristen, noch sind das Ziel, die Art und das Ausmaß möglicher Anschläge annähernd berechenbar. Ob sich diese neuen Kriminalitätsformen auch ähnlich einleuchtend vom Terrorismus der ETA in Spanien, vom nordirischen Terrorismus der IRA, vom Terrorismus der kurdischen PKK oder vom Terrorismus der FARC in Kolumbien unterscheiden, z. B. durch ihre weltweiten Zielorte (und durch einen vornehmlich fundamentalistisch-islamischen Hintergrund), will ich nicht abschließend beurteilen. Ich konzentriere mich auf die deutsche Perspektive, d. h. auf die Bedrohung in Deutschland und auf das nationale Recht. Die für Deutschland neue Gefährdungslage veranlasst unseren Staat, vorbeugend „neue“ Sicherheitsmaßnahmen zu suchen und zu ergreifen. Mit ihnen will er die potentiellen Opfer terroristischer Anschläge in Deutschland schützen, aber durch diesen Schutz kann er auch die grundrechtliche Freiheit der zu Schützenden schmälern. Beispielsweise häufen sich seit den kürzlich versuchten Anschlägen auf zwei Regionalzüge der deutschen Bahn mit in Koffern versteckter Bomben die Fälle, in denen die Polizei – selbst in kleinen Ortschaften – ganze Stadtviertel stundenlang für den Verkehr und für die Bewohner sperrt, weil man herrenlose Taschen, Rucksäcke oder Koffer entdeckt hat. Sie werden erst aufwendig von Sprengstoffspezialisten untersucht, bis endlich feststeht, dass es sich bloß um vergessenes Gepäck oder Schulranzen handelt.⁷ Im Folgenden soll deshalb mehr die grundrechtliche Freiheit der vor dem Terrorismus zu Schützenden im Vordergrund stehen; auf den Grundrechtsschutz des wirklichen terroristischen Straftäters gehe ich nur am Rande ein.⁸

Der Titelzusatz zu meinem Vortrag, nach dem die grundrechtliche Freiheit „im Zeitalter des Terrorismus“ beleuchtet werden soll, suggeriert allerdings, dass diese Freiheit heute in eine besondere Phase getreten ist, nämlich vor eine epochale Herausforderung. Die verheerenden Anschläge der letzten Jahre, beginnend mit dem auf das World Trade Center in New York (11. 9. 2001), gefolgt von denen in Madrid (11. 3. 2004) und London (7. 7. 2005), scheinen diese Sicht zu bestätigen. Dann liegt es auch nahe, diesem Zeitalter der terroristischen Bedrohung mit dem 11. Sep-

⁶ Vgl. *Lutz Diwell*, a.a.O., S. 15 f.

⁷ Vgl. z. B. *Südkurier* Nr. 247 v. 25. 10. 2006, S. 1, 27: „Terrorangst am Busbahnhof“.

⁸ Vgl. dazu z. B. *Michael Ch. Jakobs*, Terrorismus und polizeilicher Todesschuss, in: *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.)* 2006, 83 ff.; *Winfried Bausback*, Terrorismusabwehr durch gezielte Tötungen? – Assassination als Mittel des (deutschen) demokratischen Rechtsstaates?, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2005, 418 ff.

tember 2001, dem Anschlag in New York mit 2749 Toten⁹, ein festes Beginndatum zuzuordnen. Die Sicherungsanstrengungen, mit denen die westliche Welt auf diese Anschläge reagiert, wirken aber auf die Freiheit unbescholtener Bürger zurück und können diese grundlegend in Frage stellen. Deshalb muss bei der Rede von einem „Zeitalter des Terrorismus“ bedacht werden, dass diese Formel sich auch als rechtspolitisches „Zauberwort“¹⁰ eignet, mit dem vielleicht zu schnell im Namen der Sicherheit die Beeinträchtigung grundrechtlicher Freiheit gutgeheißen oder doch zumindest hingenommen wird.¹¹

Immerhin mehren sich auch in Deutschland Gesetze, die – zum Schutz der Bürger gedacht – zugleich eine Entprivatisierung des Menschen durch die Überwachung Jedermanns zu jeder Zeit ermöglichen und befürchten lassen. Besonders deutlich wird dies beim Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Es schützt den Menschen davor, dass seine personenbezogenen Daten, also alle ihn wie auch immer betreffenden Sachverhalte, unbegrenzt ermittelt, gespeichert und weiterverwendet werden. Der Einzelne soll vielmehr grundsätzlich selbst bestimmen können, wer was wann über ihn weiß.¹² Seine Daten dürfen daher nur ausnahmsweise und zwar nur zu bestimmten, durch Gesetz genau festgelegten Zwecken erhoben werden. Geschieht dies, dürfen sie auch nur für diesen Zweck genutzt werden.¹³ Das Bundesverfassungsgericht hat das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung 1983 zum Teil aus der stärksten Verbürgung des Grundgesetzes, der Menschenwürdegarantie, hergeleitet.¹⁴ Der folglich überaus hohe Stellenwert wurde lange Zeit weithin respektiert und anerkannt. Heute dagegen bemerken wir einen Wandel, der den Schutz personenbezogener Daten laufend schwächt. Ein allgemeines Beispiel für diesen Trend sind die neuen so genannten Informationsfreiheitsgesetze des Bundes und einiger Länder.¹⁵ Sie gewähren, angeblich demokratiefördernd und informationsfreiheitsstärkend, für Jedermann Informationsansprüche, die an keine besonderen Anspruchsvoraussetzungen geknüpft sind (vgl. z. B.

⁹ Vgl. z. B. Frankfurter Allgemeine (FAZ) Nr. 246 v. 23. 10. 2006, S. 11.

¹⁰ Wolfgang Hetzer, Terrorabwehr im Rechtsstaat, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2005, 132 (132): „Es gibt ein neues Zauberwort: Terrorismus.“

¹¹ Wolfgang Hetzer, Terrorabwehr im Rechtsstaat, ZRP 2005, 132 (132); vgl. auch Christian Callies, Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat – Eine verfassungsrechtliche Gratwanderung mit staatsrechtlichem Kompass, ZRP 2002, 1 (2).

¹² Vgl. BVerfGE 65, 1 (43); 80, 367 (373); 103, 21 (33).

¹³ BVerfGE 65, 1 (46).

¹⁴ BVerfGE 65, 1 (41 ff.).

¹⁵ Näher Martin Ibler, Zerstören die neuen Informationszugangsgesetze die Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts?, in: Festschrift für Winfried Brohm (2002), S. 405 ff.

§ 1 Abs. 1 S. 1 IFG¹⁶). Danach dürfen Behörden unter Umständen sogar vertrauliche Daten preisgeben, wenn das Offenbarungsinteresse der Allgemeinheit ein Interesse an der Vertraulichkeit überwiegt.¹⁷ Der Datenschutz wird so abwägbar. Zudem wird die Zweckbindung gespeicherter Daten untergraben: Es wird unwichtig, dass die Verwaltungsbehörden Daten nur zu bestimmten Verwaltungszwecken erhoben haben, wenn durch voraussetzungslose Informationsfreiheitsansprüche jeder ohne jede Zweckbindung an diese Daten herankommt. Die neuen Gesetze schwächen zudem den Grundrechtsschutz durch Verfahren: Indem sie die Datenschutzbeauftragten des Bundes und mancher Länder in Personalunion zu Informationsfreiheitsbeauftragten bestellen,¹⁸ verschenken sie den zusätzlichen Schutz, der erreicht werden könnte, würden im Staat die gegensätzlichen Interessen Datenschutz und Informationspreisgabe durch unterschiedliche Organe vertreten. Diese Organe könnten im Konfliktfall verhandeln oder – noch besser – den Konflikt durch ein unabhängiges drittes Organ entscheiden lassen.

Ein weiteres, jüngstes Beispiel für eine erleichterte Weitergabe personenbezogener Daten und damit für eine Schwächung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung lässt sich in der Preisgabe der Passagierdaten bei Flügen in die Vereinigten Staaten sehen.¹⁹ Bei dem insoweit zugrunde liegenden Ziel der „Terrorismusbekämpfung“ wird (ähnlich wie bei der „Bekämpfung organisierter Kriminalität“) das Spannungsverhältnis zwischen Sicherheit und grundrechtlicher Freiheit besonders deutlich. Freiheit ohne Sicherheit gibt es nicht, aber ab einem nicht stets klar erkennbaren Maß an Sicherheit endet die Freiheit. Das Ideal wäre eine Lösung dieser Spannung, die Sicherheit und Freiheit umfassend verwirklichen würde. Doch gleiche dieser Wunschtraum einer Quadratur des Kreises. Da wir weder wissen, wie ein solcher Zustand aussehen noch wie man ihn erreichen könnte, werden wir wohl – im Sinne eines Lernprozesses von Versuch und Irrtum („trial and error“)²⁰ – noch manchen Lösungsversuch erleben. Beim Lernprozess von Versuch und Irr-

¹⁶ Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG) v. 5. 9. 2005 (BGBl. I S. 2722).

¹⁷ Vgl. z. B. § 5 Abs. 1 S. 1 IFG.

¹⁸ Z. B. § 12 Abs. 2 IFG; vgl. dazu Ibler, a.a.O. S. 415 f.

¹⁹ Vgl. Beschluss 2006/729/GASP/JI des Rates vom 16. Oktober 2006 über die Unterzeichnung – im Namen der Europäischen Union – eines Abkommens zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Verarbeitung von Fluggastdatensätzen und deren Übermittlung durch die Fluggesellschaften an das United States Department of Homeland Security.

²⁰ Unter Versuch und Irrtum (trial and error) versteht der amerikanische Psychologe Edward Thorndike (1874–1949) eine Problemlösungsmethode, bei der so lange zulässige Lösungsmöglichkeiten probiert werden, bis die gewünschte Lösung gefunden wird. Dabei wird bewusst die Möglichkeit von Fehlschlägen in Kauf genommen. Vgl. John R. Anderson, Learning and memory, 2. Aufl. 2000, S. 12 f.

tum werden so lange Lösungsmöglichkeiten ausprobiert und verworfen, bis die erfolgreiche Lösung gefunden ist. Eine solche Lernmethode ist übrigens vor allem bei Katzen nachgewiesen.²¹ Übertragen auf die deutsche Staatsgewalt heißt dies: der Staat versucht, den Terrorismus mit neuen Mitteln zu bekämpfen, und nimmt dabei in Kauf, dass erst spät das Bundesverfassungsgericht Einhalt gebietet. Vielleicht hätte man die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts zur Erstellung frühzeitiger Rechtsgutachten für den Gesetzgeber²² (die Verfassungsgerichten in anderen Staaten übrigens zugestanden wird²³) doch nicht streichen sollen.²⁴ Einige Lösungsversuche von Legislative, Gubernative und Exekutive haben wir gleichwohl schon bewältigt – zum Teil mit nachträglicher Hilfe durch das Bundesverfassungsgericht und mit unterschiedlichen Ergebnissen. Rechtspolitische Diskussionen über weitere Lösungsversuche stehen uns noch bevor.

Lösungsversuche der deutschen Gesetzgeber lassen sich durch Stichworte skizzieren wie etwa „Strafbarkeit der Bildung terroristischer Vereinigungen (§ 129a StGB)“, „Abschuss von Passagiermaschinen nach dem Luftsicherheitsgesetz“ (vgl. den früheren § 14 Abs. 3 LuftVG), „vermehrte Zulassung verdachtsunabhängiger polizeilicher Vorfeldermittlung durch z. B. polizeiliche Rasterfahndung (vgl. etwa § 40 Abs. 1 PolizeiG B.-W.)²⁵“, „Aufbau polizeilicher Informationsvorsorgesysteme“, „Videoüberwachung öffentlicher Plätze“ (vgl. z. B. § 21 Abs. 3 PolizeiG B.-W.), „Terrorismusbekämpfungsgesetz“²⁶ und das soeben geplante „Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz“ (das u. a. den Bundesverfassungsschutz, den Militärischen Abschirmdienst MAD und den Bundesnachrichtendienst BND zu weitergehenden Auskunftsverlangen gegenüber Fluggesellschaften und Kfz-Zulassungsbehörden ermächtigt²⁷). Weiter zu nennen sind die Zulassung neuer

²¹ Vgl. Rita L. Atkinson/Richard C. Atkinson/Edgard E. Smith/Daryl J. Bem, Introduction to Psychology, 10. Aufl. 1990, S. 255 f.

²² Vgl. § 97 BVerfGG alter Fassung, gestrichen durch Gesetz zur Änderung des BVerfGG v. 21. 7. 1956 (BGBl. I S. 662).

²³ Vgl. z. B. Estland, §§ 2, 7 des Gesetzes über den Verfassungsaufsichtsprozess, Staatsanzeiger (Riigi Teataja RT I 2005, 68, 524), vgl. dazu Carmen Schmidt, Monatshefte für Osteuropäisches Recht 2006, 163 ff.; ferner z. B. Finnland, Liechtenstein, Ungarn.

²⁴ Vgl. dazu Christian Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 17 II 2 (S. 236 ff.).

²⁵ Vgl. dazu z. B. Volkmar Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2001, Rdnr. 533; Thomas Würtzberger/Dirk Heckmann, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2005, Rdnr. 671.

²⁶ BGBl. I 2002, S. 361.

²⁷ http://www.bmi.bund.de/Internet/Content/Common/Anlagen/Nachrichten/Pressemitteilungen/2006/07/Informationen_zum_Terrorismusänderungsgesetz.templateId=raw.property=publicationFile.pdf/Informationen_zum_Terrorismusänderungsgesetz.pdf.

Ermittlungsmethoden wie das „Auslesen von Handys“²⁸ und die akustische Wohnraumüberwachung²⁹ oder der jüngst vom Bundestag beschlossene Aufbau einer bundesweit nutzbaren Anti-Terror-Datei³⁰.

Zu anderen Lösungsvorschlägen, die uns im Kampf gegen den Terrorismus drohen, gehört etwa die strafrechtliche Diskussion um ein sogenanntes Feindstrafrecht, das für Feinde des Rechtsstaats auf rechtsstaatliche Errungenschaften wie die Verfahrensgarantien im Strafverfahren und damit wohl auch auf die Gewährung grundrechtlicher Freiheit, verzichten will.³¹ Ich teile auch nicht den weiteren Vorschlag, ein auf vernünftige rechtliche Kommunikation angelegter Rechtsstaat könne mit Terroristen grundsätzlich nicht kommunizieren, so dass dem Rechtsstaat im Umgang mit Terroristen nur die Anwendung körperlicher Gewalt übrig bleibe.³² Damit überließen wir die Kommunikation nur den USA und anderen Staaten. Auch nehmen beide Vorschläge zu sehr allein den Terroristen und die Sicherheit vor ihm in den Blick und vernachlässigen die Folgen für die grundrechtliche Freiheit aller anderen.

Die gegenwärtige rechtspolitische Diskussion über grundrechtliche Freiheit und Terrorismus dreht sich aber noch um weitere Fragen. Zu ihnen zählt, ob deutsche Stellen Geheimdienstinformationen nutzen dürfen, die sie von einem anderen Staat erhalten haben, der sie vielleicht rechtsstaatswidrig, also womöglich durch Folter, gewonnen hat? Verlangt die Schutzpflicht des Staates für seine Bürger, dass deutsche Stellen auch solche Informationen auswerten?³³ Ebenfalls rechtspolitisch erörtert wird, ob ein internationaler, vor allem islamistischer Terrorismus „nur“ als Kriminalität oder als („asymmetrische“) Kriegsführung einzustufen ist, also entweder durch polizeiliche Gefahrenabwehr und Strafverfolgung bekämpft werden muss oder aber im Wege eines u. U. neu zu definierenden Verteidigungsfalls durch

²⁸ BVerfG, 2 BvR 2099/04 vom 2. 3. 2006, <http://www.bverfg.de/> (= Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 2006, 976 ff.).

²⁹ Dazu BVerfGE 109, 279 ff.

³⁰ FAZ Nr. 295 v. 21. 10. 2006; vgl. zwischenzeitlich auch Bundestags-Drucksache (BT-Drs.) 16/2950 v. 16. 10. 2006 und BT-Drs. 16/3642 v. 29. 11. 2006.

³¹ Vgl. z. B. Günther Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Höchststichterliche Rechtsprechung Strafrecht (HRRS) 2004, 88 ff.; Jochen Bung, Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person, HRRS 2006, 63 ff.; Arndt Sinn, Moderne Verbrechenverfolgung – auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2006, 107 ff.

³² So aber Gerd Roellecke, Der Rechtsstaat im Kampf gegen den Terror, JZ 2006, 265 (268).

³³ Vgl. Wolfgang Hatzler, Verschleppung und Folter. Staatsraison oder Regierungskriminalität?, in: Kriminalistik 2006, 148 (150 ff.).

den Einsatz der Bundeswehr.³⁴ Der Ruf nach dem Schutz des Bürgers vor Terroranschlägen dringt aber auch schon in die vergleichsweise entlegenen Winkel des öffentlichen Baurechts vor. Dort werden bereits, gestützt auf grundrechtliche Schutzpflichten des Staates (aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG), zur Rechtssicherheit Gesetze gefordert, kraft derer ein Nachbar sich gegen Baugenehmigungen für besonders durch Terrorismus gefährdete Botschaften und Konsulate zur Wehr setzen kann oder zumindest Schutzauflagen verlangen darf.³⁵

Lösungsversuche der Exekutive und der Gubernative, aber auch das Unterlassen ausreichender Lösungsanstrengungen, bedrohen vor allem im Einzelfall grundrechtliche Freiheiten, etwa wenn Regierung und Sicherheitsbehörden Gesetze nicht genügend einhalten, mit denen der Gesetzgeber grundrechtliche Freiheit und Sicherheit steuern will; ich erinnere an die aktuellen Vorwürfe gegen die jetzige und gegen die vorige Bundesregierung sowie gegen die Sicherheitsbehörden, an der Entführung eines deutschen Staatsbürgers libanesischer Herkunft durch den amerikanischen Geheimdienst CIA mitgewirkt zu haben (Fall El Masri). Noch schwieriger zu beurteilen ist wahrscheinlich der weitere aktuelle Fall, in dem ein in Deutschland geborener, aufgewachsener und verheirateter Türke, dessen Familie in Deutschland lebt, in Afghanistan vom US-Militär festgenommen wurde und jahrelang in Guantanamo auf Kuba gefangen gehalten und wahrscheinlich gefoltert wurde (Fall Kurnaz).³⁶ Weniger spektakulär, aber besser von der Öffentlichkeit zu beobachten und für die grundrechtliche Freiheit eher unter dem Aspekt des Datenschutzes interessant, sind Versuche der Exekutive, durch Gründung von polizeilichen Arbeitsgruppen ohne Gesetzesänderung auf neue Gefährdungslagen zu reagieren. Ein Beispiel aus Bayern ist die im Herbst 2004 gegründete Arbeitsgruppe „BIRGIT“ (= Beschleunigte Identifizierung und Rückführung von Gefährderten aus dem Bereich des islamistischen Terrorismus/Extremismus).³⁷ Ferner wurde „wegen der weiter steigenden Internationalisierung der Kriminalität (insbesondere Terrorismus und Organisierte Kriminalität)“ 2005 im Bundeskriminalamt eine neue

³⁴ Vgl. *Wolfgang Hetzer*, Internationaler Terrorismus: Krieg oder Kriminalität, in: *Kriminalistik* 2007, 428 ff.; *Klaus Jürgen Timm*, Polizeiliche Gefahrenabwehr oder Landesverteidigung?, in: *Kriminalistik* 2006, 146 f.; *Dieter Wiefelspütz*, Bundeswehr und innere Sicherheit, in: *Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (NWVB)* 2006, 41 (42).

³⁵ Vgl. z. B. *Michaela Wittinger*, In der Nachbarschaft von Botschaften und Konsulaten: kann das Baurecht vor den Gefahren des Terrorismus schützen?, *DVB* 2006, 17 (22 ff.).

³⁶ Vgl. z. B. *Karina Christen*, Die unglaubliche Geschichte des Murat Kurnaz, in: *Südkurier* Nr. 242 v. 19. 10 2006, S. 3.

³⁷ Vgl. *Walter Buggisch/Walter Knorz*, Terrorismusbekämpfung einmal anders. Die AG BIRGIT und das Ausländerrecht als Instrument zur Bekämpfung des islamischen Terrorismus und Extremismus, in: *Kriminalistik* 2006, 226 (226 f., 230 ff.).

Abteilung IK (= Internationale Koordinierung) mit künftig 265 Beschäftigten geschaffen. Sie soll, so eine gängige Formulierung im technokratischen Kriminologendeutsch, u. a. durch „methodisch vorgenommene Vernetzungen von (Teil-)Informationen ... Schlussfolgerungen ... erlangen über mögliche künftige kriminologische Auswirkungen“.³⁸

Die stichwortartig erwähnten und künftige weitere Lösungsvorschläge zur Bewältigung terroristischer Bedrohungen und mehr oder weniger spektakuläre Vorkommnisse wie die genannten Entführungen werden den Schutz grundrechtlicher Freiheit immer wieder neu auf die Probe stellen.

II. Grundrechtsdogmatik im Zeitalter des Terrorismus – Juristische Bausteine einer grundrechtssichernden Bekämpfung terroristischer Kriminalität

Für die Frage, wie Sicherheit und Freiheit im Rechtsstaat ausreichend gewährleistet werden können – die naturgemäß in Kürze nicht umfassend zu beantworten ist – will ich hier wenigstens einzelne Gesichtspunkte aufzeigen, von denen ich glaube, dass sie juristische Bausteine für eine Lösung darstellen. Insbesondere möchte ich dazu einige konkrete Mechanismen hervorheben, mit denen das deutsche Verfassungsrecht durch staatliche Organisation und Dogmatik die grundrechtliche Freiheit der Menschen auch angesichts terroristischer Bedrohung schützen kann.

Die grundrechtliche Freiheit hat sich vor allem mit Hilfe der eingangs genannten drei Vorkehrungen (1. handhabbarer Grundrechtskatalog, 2. unmittelbare Grundrechtsbindung aller Staatsgewalt, und 3. ein schlagkräftiges Bundesverfassungsgericht) effektiv sichern lassen. Dies haben jüngst die Entscheidungen des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz³⁹ und zur Rasterfahndung⁴⁰ bestätigt. Auch die Entscheidungen des BVerfG zur Zulässigkeit des Auslesens von Handydaten,⁴¹ zum Großen Lauschangriff⁴² und zum Europäischen Haftbefehl⁴³ belegen dies mit. Die zuletzt genannten Entscheidungen hatten zwar nicht spezifisch die Terrorismusge-

³⁸ *Johann Kubica*, Neuorganisation im Bundeskriminalamt bei der internationalen Zusammenarbeit, in: *Kriminalistik* 2006, 167 ff.

³⁹ BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15. 2. 2006, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 751 ff.).

⁴⁰ BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4. 4. 2006, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 1939 ff.).

⁴¹ BVerfG, 2 BvR 2099/04 vom 2. 3. 2006 <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 976 ff.).

⁴² BVerfGE 109, 279 ff.

⁴³ BVerfGE 113, 273 ff.

fahr im Auge, aber sie setzen Ermittlungsmaßnahmen Grenzen, die gerade im Kampf gegen den internationalen Terrorismus genutzt werden.

Wichtige weitere Mechanismen zum Schutz grundrechtlicher Freiheit sind das Rechtsstaatsprinzip und seine gesetzlichen Ausprägungen, wie z. B. die Anordnung von Beweisverwertungsverboten für grundrechtswidrige Ermittlungsmethoden,⁴⁴ ferner Richtervorbehalte als Voraussetzung besonders grundrechtssensibler Ermittlungsverfahren⁴⁵. Wertvoll sind weiter eine handhabbare und durchsetzbare Verfassungs- und Grundrechtsdogmatik, wie sie insbesondere vom Bundesverfassungsgericht entwickelt wurde und wird. Stichworte, die hier für die grundrechtliche Freiheit im Zeitalter des Terrorismus genannt und fruchtbar gemacht werden können, sind beispielsweise: Parlamentsvorbehalt, Unterraßverbot, Grundrechtsschutz durch Verfahren, Verhältnismäßigkeitsprinzip, grundrechtliche Schutzpflichten. Im Folgenden möchte ich vor dem Hintergrund terroristischer Gefahren zwei Mechanismen besonders herausgreifen, die grundrechtlichen staatlichen Schutzpflichten und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

1. Schutzpflichten

Insgesamt zeigen die erwähnten Entscheidungen des BVerfG, dass potentiell grundrechtsbeschränkende Maßnahmen zum Kampf gegen neue Erscheinungsformen von Terrorismus mit der bisherigen Grundrechtsdogmatik allgemein und mit Blick auf den Einzelfall grundrechtsschützend überwacht werden können. Das BVerfG verneint zu recht Pauschallösungen, welche die Gefahren des Terrorismus „um jeden Preis“ bekämpfen. Besonders anschaulich zeigt sich dies im Urteil des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz.

Am 5. Januar 2003 kaperte ein bewaffneter Mann ein Sportflugzeug, kreiste damit über dem Bankenviertel von Frankfurt am Main und drohte, das Flugzeug in das Hochhaus der Europäischen Zentralbank zu stürzen, wenn ihm nicht ein Telefonat in die Vereinigten Staaten von Amerika ermöglicht werde. Ein Polizeihubschrauber und zwei Düsenjäger der Luftwaffe stiegen auf und umkreisten den Motorsegler. Die Polizei löste Großalarm aus, die Innenstadt Frankfurts wurde geräumt, Hochhäuser wurden evakuiert. Gut eine halbe Stunde nach der Kaperung war klar, dass es sich bei dem Entführer um einen verwirrten Einzeltäter handelte. Nachdem sei-

⁴⁴ Vgl. z. B. BVerfGE 113, 29 (61).

⁴⁵ Vgl. z. B. BVerfGE 103, 142 (153).

ne Forderung erfüllt worden war, landete er auf dem Rhein-Main-Flughafen und ließ sich widerstandslos festnehmen.⁴⁶

Wegen dieses Vorfalles und wegen des Terroranschlags auf das World Trade Center erließ der Bundestag am 11. Januar 2005 das Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben⁴⁷. Es erlaubte den Streitkräften, ein Flugzeug abzuschießen, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass es gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und wenn der Abschuss das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist (vgl. § 14 Abs. 3 LuftSiG).

Diese Ermächtigungsgrundlage greift in den Schutzbereich des durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG garantierten Grundrechts auf Leben der Besatzung und der Passagiere des abzuschießenden Flugzeugs ein (und natürlich auch derer, die das Flugzeug gegen das Leben von Menschen einsetzen wollen).

Der Eingriff müsste gerechtfertigt sein. In das Grundrecht auf Leben darf zwar eingegriffen werden, weil es unter Gesetzesvorbehalt steht (Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG). Ein eingreifendes Parlamentsgesetz muss aber formell und materiell verfassungskonform sein. Das Bundesverfassungsgericht verneinte schon die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes, also die formelle Verfassungsmäßigkeit.⁴⁸ Auf diesen Punkt gehe ich hier nicht näher ein. Darüber hinaus, und dies ist für unser Thema der grundrechtlichen Freiheit wichtig, sah das BVerfG einen materiellen Verstoß gegen das Grundrecht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), soweit § 14 Abs. 3 LuftSiG dazu ermächtigt, Flugzeuge abzuschießen, in denen Menschen sitzen, die selbst Opfer eines Angriffs auf die Sicherheit des Luftverkehrs sind⁴⁹ (anders entschied es für ein unbemanntes oder nur mit Terroristen besetztes Flugzeug⁵⁰).

Zur Begründung des Grundrechtsverstoßes greift das BVerfG auf seine Grundrechtsdogmatik zurück, nach der ein grundrechtsbeschränkendes Gesetz seinerseits im Lichte des eingeschränkten Grundrechts auszulegen ist. Diese Wechselwirkungslehre hat es hier für das Grundrecht auf Leben auch auf die damit eng ver-

⁴⁶ Sachverhalt wörtlich aus: BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15. 2. 2006, Rdnr. 3, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 751 [751]).

⁴⁷ BGBl I S. 78.

⁴⁸ BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15. 2. 2006, Rdnr. 89 ff., <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 751 [753 ff.]).

⁴⁹ BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15. 2. 2006, Rdnr. 118 ff., <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 751 [757 ff.]).

⁵⁰ BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15. 2. 2006, Rdnr. 140 ff., <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 751 [760 f.]).

knüpfte Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG erstreckt⁵¹ und sie zugleich mit seiner Schutzpflichtdogmatik verbunden.⁵² Dem Verhältnis von Lebensrecht und Menschenwürde entnimmt das Gericht eine Pflicht des Staates und seiner Organe, sich schützend und fördernd vor das Leben jedes Einzelnen zu stellen; das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen An- und Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren.⁵³ Diese Schutzpflicht habe ihren Grund in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG, der den Staat ausdrücklich zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde verpflichtet;⁵⁴ dies schließe es generell aus, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen.⁵⁵ Passagiere und Besatzung des zur Waffe umfunktionierten Flugzeugs würden nicht nur von den Flugzeugenführern zum Objekt gemacht. Auch der Staat, der eine solche Situation durch Abschuss des Flugzeugs löse (§ 14 Abs. 3 LuftSiG), behandle unschuldige Passagiere und Besatzungsmitglieder als bloße Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutz anderer.⁵⁶ Wichtig sei dabei auch, dass die Entscheidung über einen Abschuss nur unter großem Zeitdruck und angesichts großer Unsicherheitsfaktoren (insbesondere ungesicherte Informationen, Prognoseunsicherheit) getroffen werden könne.⁵⁷

Diese Schutzpflichtdogmatik dient nach dem Willen des BVerfG dazu, den Charakter der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat zu ergänzen, den Schutz der Grundrechtsträger also zu stärken.⁵⁸ Darin liegt vor allem eine Erweiterung des Grundrechtsschutzbereichs. Diesem Sinn liefe es zuwider, würde man über die Schutzpflichtdogmatik die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen erleichtern. Allerdings können Eingriffe in Grundrechte auch durch Grundrechte anderer Personen gerechtfertigt werden. Würde man diesen Rechtfertigungsgrund mit Hilfe der Schutzpflichtdogmatik ausweiten, liefe der Grundrechtsschutz letztlich auf eine bloße Abwägung entgegenstehender Grundrechtspositionen durch den Staat hin-

⁵¹ BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15. 2. 2006, Rdnr. 119, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 751 [757]).

⁵² BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15. 2. 2006, Rdnr. 120, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 751 [757]).

⁵³ BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15. 2. 2006, Rdnr. 120, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 751 [757]); vgl. auch BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 56, 54 (73).

⁵⁴ BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15. 2. 2006, Rdnr. 120, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 751 [757]); vgl. auch BVerfGE 46, 160 (164); 49, 89 (142); 88, 203 (251).

⁵⁵ BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15. 2. 2006, Rdnr. 121, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 751 [757]); vgl. auch BVerfGE 27, 1 (6); 45, 187 (228); 96, 375 (399).

⁵⁶ BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15. 2. 2006, Rdnr. 124, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 751 [758]).

⁵⁷ BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15. 2. 2006, Rdnr. 125 ff., 133, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 751 [758 f.]).

⁵⁸ Vgl. z. B. BVerfGE 39, 1 (41); 53, 30 (57); 77, 170 (214).

aus – wegen des Parlamentsvorbehalts wohl durch den Gesetzgeber in Ausübung einer Einschätzungsprärogative. Dies aber widerspräche der von Art. 1 Abs. 3 GG angeordneten unmittelbaren Grundrechtsbindung auch des Gesetzgebers und schwächte die Grundrechte wieder zu Programmsätzen (wie in der Weimarer Zeit) ab. Für besonders wichtig halte ich deshalb die Ausführungen des BVerfG im Urteil zum Luftsicherheitsgesetz, dass sich der Abschuss eines Flugzeuges, in dem unschuldige Passagiere sitzen, nicht mit der staatlichen Schutzpflicht für diejenigen begründen lässt, deren Leben durch den mit dem Flugzeug geplanten Anschlag bedroht ist.⁵⁹ Ich möchte ergänzen, dass ein Gesetz, das den Abschuss Unschuldiger für rechtmäßig erklärt, diesen (und anderen) die Notwehr gegen den Abschuss versagt, denn gegen einen rechtmäßigen Angriff gibt es keine Notwehr, vgl. z. B. die Notwehrdefinition in § 32 Abs. 2 StGB. Bedenkt man zudem, dass voraussichtlich unter Zeitdruck und bei unsicherer Lage entschieden werden müsste, darf der Gesetzgeber nicht von vornherein die Passagiere zum Abschuss freigeben. Eher müsste er den Flugverkehr ganz verbieten. Passagiere eines von Terroristen entführten Flugzeugs dürfen also vom Staat nicht geopfert werden, auch nicht um ein noch größeres Unglück zu verhindern. Der Staat darf Menschenleben nicht gegen Menschenleben aufwiegen, selbst mit Hilfe der Schutzpflichtdogmatik nicht.

2. Verhältnismäßigkeitsprinzip

Lassen Sie mich die Bedeutung der Grundrechtsdogmatik für die grundrechtliche Freiheit auch im Zeitalter des Terrorismus noch an einem weiteren überragenden Schutzinstrument verdeutlichen, dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Als aktuelle Beispiele mögen auch hier zunächst das Urteil zum Luftsicherheitsgesetz und dann der neue Rasterfahndungsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts dienen.

Für den Fall, dass in einem zur Waffe umfunktionierten Flugzeug nur Terroristen sitzen, die mit dem Flugzeug Menschen auf der Erde töten wollen, sieht das BVerfG zu recht keinen Verstoß gegen die Menschenwürde der Täter, so dass der in der gesetzlichen Abschlussermächtigung liegende Eingriff in deren Grundrecht auf Leben materiell-verfassungsrechtlich nur noch dem Verhältnismäßigkeitsmaßstab genügen muss. Das BVerfG hat dies mit einer herkömmlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung bejaht: Das Ziel der gesetzlichen Ermächtigung, Menschenleben

⁵⁹ Vgl. BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15. 2. 2006, Rdnr. 137, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 751 [759]).

zu retten, sei in diesem Fall legitim.⁶⁰ Die Ermächtigung sei nicht schlechthin ungeeignet, dieses Ziel zu erreichen,⁶¹ und sie sei auch erforderlich, weil ein gleich wirksames, das Recht auf Leben der Straftäter nicht oder weniger beeinträchtigendes Mittel nicht ersichtlich sei.⁶² Schließlich sei die Eingriffsermächtigung auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Der Abschuss eines solchen Luftfahrzeugs stellt also nach einer Gesamtabwägung trotz der Schwere des damit verbundenen Grundrechtseingriffs angesichts des Gewichts der zu schützenden Rechtsgüter eine angemessene, den Betroffenen zumutbare Abwehrmaßnahme dar, wenn Gewissheit über die tatbestandlichen Voraussetzungen besteht.⁶³ Dogmatisch unglücklich scheint es mir allerdings zu sein, wenn das BVerfG bei der Angemessenheitsprüfung beiläufig noch einmal auf die Schutzpflicht des Staates gegenüber den unschuldigen Opfern hinweist, ohne dass dies im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nötig gewesen wäre. Dies leistet nur der erwähnten Gefahr Vorschub, dass eine fehlverstandene Schutzpflichtdogmatik die unmittelbare Grundrechtsbindung auflösen könnte.

Die große Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips für die grundrechtliche Freiheit im Zeitalter des Terrorismus lässt sich auch an dem sog. Rasterfahndungsbeschluss des BVerfG vom 4. 4. 2006⁶⁴ aufzeigen. Die Rasterfahndung ist eine besondere polizeiliche Fahndungsmethode unter Nutzung der elektronischen Datenverarbeitung. Sie wurde in Deutschland in den 1970er Jahren zur Terrorismusbekämpfung entwickelt und hatte damals nur wenig Erfolg.⁶⁵ Die Polizeibehörde lässt sich von anderen öffentlichen oder privaten Stellen personenbezogene Daten schicken, um einen automatisierten Abgleich (Rasterung) mit anderen Daten vorzunehmen. Durch den Abgleich soll eine Schnittmenge von Personen ermittelt werden, auf welche bestimmte, vorab festgelegte und für die weiteren Ermittlungen als bedeutsam angesehene Merkmale zutreffen. Heute ist sie nicht nur für die repressive Strafverfolgung vorgesehen (§ 98a StPO), sondern auch als präventives

⁶⁰ BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15. 2. 2006, Rdnr. 145, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 751 [760]).

⁶¹ BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15. 2. 2006, Rdnr. 146, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 751 [760]).

⁶² BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15. 2. 2006, Rdnr. 147, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 751 [761]).

⁶³ BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15. 2. 2006, Rdnr. 149 f., <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 751 [761]), vgl. auch BVerfGE 90, 145 (173); 104, 337 (349); 110, 141 (165).

⁶⁴ BVerfG, 1 BvR 518/02, vom 4. 4. 2006, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 1939 ff.).

⁶⁵ Vgl. BVerfG, 1 BvR 518/02, vom 4. 4. 2006, Rdnr. 3 m. w. N., <http://www.bverfg.de/> (insoweit nicht in NJW 2006, 1939 ff. abgedruckt).

Fahndungsinstrument in den Polizeigesetzen der meisten Bundesländer (vgl. z. B. § 40 PolizeiG B.-W.).

Mit einer Rasterfahndung sollen etwa so genannte Schläfer erkannt werden, also solche Personen, die zu terroristischen Handlungen bereit sind, sich jedoch über lange Zeit sorgfältig bemühen, gesetzeskonform und möglichst unauffällig zu sein, um ihr kriminelles Vorhaben dann im entscheidenden Zeitpunkt überraschend und damit besonders wirkungsvoll durchführen zu können.

Aufgrund der entsprechenden Vorschrift des nordrhein-westfälischen Landespolizeigesetzes (§ 31)⁶⁶, die für eine Rasterfahndung einen Richtervorbehalt fest schreibt, erging im Oktober 2001 eine richterliche Anordnung zur Durchführung einer Rasterfahndung. Mit ihr sollten Personen erkannt werden, die als Mitglieder oder Anhänger extremistischer Gruppen zu Terroranschlägen bereit sind. Am Ende der Aktion wurden 11.000 Personen darüber informiert, dass ihre Daten ermittelt worden seien. Daraufhin legte einer von ihnen, ein marokkanischer Staatsangehöriger, Student der Universität Duisburg, gegen den richterlichen Beschluss zur Rasterfahndung Beschwerde und weitere Beschwerde ein, die vom Landgericht und vom Oberlandesgericht aber zurückgewiesen wurden. Seine anschließende Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg.

Das BVerfG zieht als Prüfungsmaßstab das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung heran und wiederholt und präzisiert den im Volkszählungsurteil und später beschriebenen Umfang des Schutzbereichs. Das Grundrecht schützt auch vor beobachtender und observierender Tätigkeit der Polizei, wenn sie sich auf persönliche Daten wie Name, Anschrift, Tag und Ort der Geburt, Staatsangehörigkeit, Religion und/oder Studienfachrichtung bezieht.⁶⁷

Das zur Rasterfahndung ermächtigende Gesetz und die angeordnete Rasterfahndung greifen in diesen Schutzbereich des Grundrechts des Beschwerdeführers auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) ein (und im Fall der vorliegenden Rasterfahndungsanordnung in dasselbe Grundrecht von zumindest 11.000 Personen). Dazu legt das BVerfG den Eingriffsbegriff weit aus. Die Eingriffsqualität sei nur zu verneinen, sofern Daten ungezielt und allein technikbedingt zunächst miterfasst, dann aber unmittelbar nach der Erfassung

⁶⁶ In der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Februar 1990 (GVBl S. 70).

⁶⁷ Vgl. BVerfG, 1 BvR 518/02, vom 4. 4. 2006, Rdnr. 72, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 1939 [1940 f.]).

technisch wieder anonym, spurenlos und ohne Erkenntnisinteresse für die Behörden ausgesondert werden.⁶⁸ Auch dann, wenn die Erfassung eines größeren Datenbestandes letztlich nur Mittel zum Zweck ist, die Treffermenge weiter zu verkleinern, kann in der Datenerhebung bereits ein Eingriff liegen.⁶⁹ Auch die – sei es auch nur vorläufige – Speicherung der übermittelten Daten bei der Stelle, an welche sie übermittelt und bei der sie aufbewahrt und für den Datenabgleich bereitgehalten werden, greift in das informationelle Selbstbestimmungsrecht derjenigen Personen ein, deren Daten nach einem solchen Datenabgleich Gegenstand weiterer Maßnahmen werden.⁷⁰ Eingriffscharakter kommt in Bezug auf diese Personen schließlich auch dem Datenabgleich selbst als Akt der Auswahl für eine weitere Auswertung zu.⁷¹

Ein solcher Eingriff durch Einzelakt kann verfassungsrechtlich nur gerechtfertigt sein, wenn er durch die Schranke des Grundrechts gedeckt ist. Dazu müssen die gesetzliche Eingriffsgrundlage und der auf sie gestützte Einzelakt formell und materiell verfassungsgemäß sein. Als entscheidenden Prüfungsmaßstab für die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage und für den richterlichen Anordnungsbeschluss nutzte das BVerfG jeweils den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Es nimmt also bei Eingriffen durch Einzelakt eine zweifache Verhältnismäßigkeitsprüfung vor. Die erste, das Gesetz betreffend, bestätigte hier die Verhältnismäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage, aber die zweite, den Einzelakt der Fahndungsanordnung betreffend, führte zum Erfolg der Verfassungsbeschwerde. Durch diese zweistufige Verhältnismäßigkeitsprüfung wird nicht nur ein doppelter Schutz des einzelnen Betroffenen erreicht. Vielmehr wird frühzeitig und trotz einer terroristischen Bedrohungslage der Entwicklung eines Überwachungsstaates entgegengewirkt.

Vom Gesetzgeber verlangt das BVerfG für die Verhältnismäßigkeit der Rasterfahndungsermächtigung das Festschreiben einer konkreten Terrorismusgefahr als Voraussetzung für eine Rasterfahndungsanordnung im Einzelfall. Das BVerfG beschränkt damit die Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers durch das Tatbestandserfordernis einer konkreten Gefahr als grundrechtssichernde Anforderung.

⁶⁸ BVerfG, 1 BvR 518/02, vom 4. 4. 2006, Rdnr. 74, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 1939 [1941]); vgl. auch BVerfGE 100, 313 (366); 107, 299 (328).

⁶⁹ BVerfG, 1 BvR 518/02, vom 4. 4. 2006, Rdnr. 74, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 1939 [1941]); vgl. auch BVerfGE 100, 313 (366 mit 337, 380).

⁷⁰ BVerfG, 1 BvR 518/02, vom 4. 4. 2006, Rdnr. 78, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 1939 [1941]); vgl. auch BVerfGE 100, 313 (366).

⁷¹ BVerfG, 1 BvR 518/02, vom 4. 4. 2006, Rdnr. 79, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 1939 [1941]); vgl. auch BVerfGE 100, 313 (366).

Das BVerfG steigert insoweit die Kontrolldichte, weil es nicht nur die Verwaltung zwingt, das Vorliegen einer Terrorismusgefahr zu prüfen, sondern schon – eine Stufe früher – dem Gesetzgeber aufgibt, die Befugnis der Verwaltung zur Rasterfahndung überhaupt nur bei einer konkreten Gefahr zu eröffnen. Die Gründe dafür sieht das BVerfG vor allem in der hohen Intensität eines Eingriffs durch Rasterfahndung. Diese Intensität begründet es mit der Vielzahl der erhobenen Daten, mit dem erhöhten Risiko für den Betroffenen, Ziel weiterer behördlicher Ermittlungen zu werden, mit der stigmatisierenden Wirkung für diejenigen Personen, die die Rastermerkmale erfüllen, mit der Heimlichkeit der Rasterfahndung, mit der Gefahr, doch nicht anonym zu bleiben, und damit, dass die Rasterfahndung ein verdachtsloser Eingriff mit großer Streubreite ist.⁷²

Verallgemeinernd lässt sich aus der Rasterfahndung damit ableiten, dass das BVerfG einer überzogenen Sicherheitsgesetzgebung durch die Forderung nach einem vorsichtigen Vorgehen kraftvoll entgegenwirkt. Zu scharfe Gesetzes-Versuche werden vom BVerfG als zu weitgehend und damit fehlerhaft gerügt.

Als weitere Beispiele sind hier neben dem Urteil zum Luftsicherheitsgesetz noch die Entscheidungen zum Europäischen Haftbefehl⁷³ und zum Großen Lauschangriff⁷⁴ zu nennen. Ein Ausliefern um jeden Preis – insbesondere ohne effektive Rechtsschutzmöglichkeit – wurde ebenso abgelehnt wie eine unbeschränkte akustische Überwachung von Wohnungen. Das BVerfG zwingt den Gesetzgeber damit zu Korrekturen und gibt ihm Leitlinien, die es ihm im Sinne eines trial and error erlauben, aus Fehlschlägen fortwährend zu lernen.

Zu diesen Leitlinien einer verfassungskonformen Terrorismusbekämpfung gehören insbesondere die folgenden vier:

– Erstens sind die Anforderungen an die Rechtfertigung eines Gesetzes umso strenger, je größer die Streubreite des vom Gesetz vorgesehenen Eingriffs ist.

– Zweitens ist die Art und Weise eines Eingriffs für die Rechtfertigung von Bedeutung. Ist der Eingriff z. B. heimlich, so wachsen die Rechtfertigungsanforderungen.

⁷² BVerfG, 1 BvR 518/02, vom 4. 4. 2006, Rdnr. 110 ff., <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 1939 [1943]); kritisch dazu z. B. die abweichende Meinung zum Rasterfahndungsbeschluss der Richterin *Evelyn Haas*, Rdnr. 167 ff. (= NJW 2006, 1949 ff.) sowie die Entscheidungsanmerkungen von *Winfried Bausback*, NJW 2006, 1922 ff. und *Uwe Volkmann*, JZ 2006, 918 (919 f.).

⁷³ BVerfGE 113, 273 ff.

⁷⁴ BVerfGE 109, 279 ff.

– Drittens muss ein die Sicherheit förderndes Gesetz Ausgleichsmechanismen enthalten, welche die Eingriffsintensität verringern. Dies kann wie bei der Rasterfahndung und beim Großen Lauschangriff ein Richtervorbehalt sein. Weiter kann die Benachrichtigung des Betroffenen – so z. B. bei der Rasterfahndung – oder ein Beweisverwertungsverbot im Strafrecht – so z. B. beim Großen Lauschangriff – die Eingriffsintensität mildern.

– Viertens müssen Betroffene Rechtsschutz erhalten können, sowohl gegen den Einzelakt⁷⁵ als auch gegen die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage.⁷⁶ Neuestens hat das BVerfG im Beschluss zur Verfassungsmäßigkeit des Einsatzes von IMSI-Catchern vom 22. August 2006 in einem obiter dictum hervorgehoben, dass verfahrensrechtliche Vorkehrungen – wie Benachrichtigungspflichten oder Rechtsschutzmöglichkeiten – nötig sind, um effektiven Grundrechtsschutz zu gewährleisten.⁷⁷

Zusätzlich können wir allgemein aus der Grundrechtsdogmatik bewährte Leitlinien festhalten, die auch für eine Sicherung grundrechtlicher Freiheit in Zeiten des Terrorismus taugen:

– Die herkömmliche Grundrechtsprüfung in Gestalt eines Dreischritts (Schutzbereich, Eingriff, Eingriffsrechtfertigung) führt im Zweifel dazu, dass Grundrechtsbeeinträchtigungen einer klar strukturierten und damit freiheitsfördernden Rechtfertigungskontrolle unterzogen werden können.⁷⁸

– Dieser freiheitsfördernde Aspekt der dreigestuften Grundrechtsprüfung wird noch verstärkt, wenn man der weiteren dogmatischen Regel folgt, dass im Zweifel der Schutzbereich eines Grundrechts weit auszulegen ist (Beispiel Rasterfahndungsbeschluss⁷⁹). So wird auch vermieden, potentiell freiheitsbeschränkende Hoheitsmaßnahmen von vornherein dem Schutzbereich der Grundrechte zu entziehen.

⁷⁵ Vgl. BVerfGE 113, 273 (310 ff., 314).

⁷⁶ Vgl. BVerfGE 113, 348 (362, 384 ff.).

⁷⁷ Vgl. BVerfG, 2 BvR 1345/03 vom 22. 8. 2006, Rdnr. 84, <http://www.bverfg.de/>.

⁷⁸ Vgl. z. B. *Martin Ibler*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz (Stand 2002), Art. 19 IV Rdnr. 17.

⁷⁹ Vgl. BVerfG, 1 BvR 518/02, vom 4. 4. 2006, Rdnr. 74, 76, 78, 79, <http://www.bverfg.de/> (= NJW 2006, 1939 [1941]).

– Dem korrespondiert die Regel: Im Zweifel ist der Eingriffsbegriff weit auszulegen (ebenfalls Beispiel Rasterfahndungsbeschluss).⁸⁰

– Durch die weite Auslegung des Schutzbereichs und des Eingriffsbegriffs gelingt es, viele staatliche Maßnahmen auf ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung, d. h. daraufhin zu untersuchen, ob es verfassungsrechtliche Gründe gibt, die eine Beschränkung der durch das jeweilige Grundrecht geschützten Freiheit rechtfertigen. Wie am Beispiel des Luftsicherheitsgesetzurteils des BVerfG gezeigt, liefe es der Bedeutung der Grundrechte als unmittelbar bindendes Recht allerdings zuwider, mit Hilfe der Schutzpflichtdogmatik neue Rechtfertigungsgründe für staatliche Eingriffe zu konstruieren.

– Schlagkraft erlangt hat diese Grundrechtsdogmatik zum Schutz der grundrechtlichen Freiheit naturgemäß erst durch die Einrichtung des Bundesverfassungsgerichts und seiner überaus starken Stellung als Gericht und Verfassungsorgan. Sie ermöglicht es ihm, Urteile anderer Gerichte, auch der höchsten Bundesgerichte, und sogar Gesetze aufzuheben (vgl. §§ 78, 95 Abs. 2 und 3 BVerfGG). Der Schutz der grundrechtlichen Freiheit, der durch die starke Stellung des BVerfG erreicht wird, verwirklicht sich gerade im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung, für die das BVerfG durch jahrzehntelange Rechtsprechung – rechtspflegend – überkommene Maßstäbe präzisiert und weiterentwickelt hat, wie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Durch ihn kann die grundrechtliche Freiheit ausreichend geschützt werden, auch vor neuen Herausforderungen des Terrorismus, und sie kann nachprüfbar in dem Maße beschränkt werden, wie es der von Verfassungen wegen notwendige Schutz vor kriminellen Terroranschlägen erfordert.

III. Zusammenfassende und abschließende Bemerkungen

Zusammenfassend und abschließend ist festzuhalten, dass wir neuen Gefährdungen grundrechtlicher Freiheit solange begegnen können, wie das System des Grundgesetzes zum Schutz grundrechtlicher Freiheit funktioniert. Insofern bewährt sich, dass der Grundrechtsschutz 1949 nicht unveränderlich für alle Zukunft ausgestaltet worden ist. Andernfalls hätte der Verfassungsgesetzgeber damals nur

⁸⁰ Ob eine Erweiterung des Eingriffsbegriffs vornehmlich dem Zweck dienen sollte, auch privates Verhalten dem Staat zuzurechnen, mag demgegenüber zweifelhaft sein. Kritisch dazu z. B. *Christian Calles*, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, 321 (325).

einen Mindeststandard festschreiben können. Vielmehr ermöglicht das Grundgesetz einen – in Grenzen – beweglichen Grundrechtsschutz. So erlaubt es vergleichsweise⁸¹ leicht Verfassungsänderungen, und diese Möglichkeit hat der Verfassungsgesetzgeber vergleichsweise⁸² häufig genutzt, z. B. durch die Notstandsverfassung (Art. 115a – 115l GG), beim Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG), für Änderungen hinsichtlich der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) und beim Asylgrundrecht (Art. 16 GG). Bei einigen Grundrechten darf zudem sogar der einfache Gesetzgeber den Schutzbereich des Grundrechts mitgestalten, wenn nämlich das Grundrecht neben seiner Eigenschaft als Abwehrrecht auch noch eine Einrichtungsgarantie verbürgt, wie bei den Grundrechten auf Ehe und Familie, auf Eigentum und Erbrecht und auf effektiven Rechtsschutz. Die Befugnis des BVerfG zur Präzisierung grundrechtlicher Schutzbereiche durch teils rechtsfortbildende Auslegung habe ich durch die Hinweise auf den Rasterfahndungsbeschluss und das Volkszählungsurteil mit Blick auf das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung schon erwähnt. Die Kraft des Grundrechtsschutzes beruht ferner darauf, dass die Grundrechte nicht schrankenlos verbürgt sind. Vielmehr lässt die Verfassung – trotz der unmittelbaren Bindungskraft der Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) – durch Gesetzesvorbehalte und durch immanente Schranken Grundrechtseingriffe zu, die aber rechtfertigungsbedürftig sind und vom Bundesverfassungsgericht kontrolliert werden können.

⁸¹ Z. B. im Vergleich zur Spanischen Verfassung von 1978, vgl. z. B. *Martin Ibler*, Der Grundrechtsschutz in der spanischen Verfassung am Beispiel des Eigentums, JZ 1999, 287 (290 f).

⁸² Z. B. hat es in Spanien erst eine Änderung der Verfassung von 1978 gegeben, s. Änderung v. 27. 8. 1992, Boletín Oficial Nr. 207 v. 28. 8. 1992 (Ermöglichung des Kommunalwahlrechts für Ausländer).