

"Freiheit, Sicherheit und Recht"



Vorwort

(Jens Ph. Wilhelm; Frederic Kahrl)

"Seit den Terroranschlägen von New York, Madrid und London hat Sicherheit Konjunktur. Im Bewusstsein einer neuartigen Bedrohungslage werden auch in Deutschland zahlreiche neue Gesetze erlassen und die öffentliche Diskussion wird von der Vorbereitung weiterer staatlicher Eingriffsmaßnahmen beherrscht. Während die höchsten Gerichte hierzu erste Urteile treffen, entscheiden sie zeitgleich auch erstmals über bereits ältere Sicherheitsgesetze, mit denen der Staat die rechtliche und technische Aufrüstung des Rechtsstaats in der Abwehr von Gefahren und der Bekämpfung von Verbrechen bezweckte. Es geht um Fragen wie diese: Darf der Staat seine Bürger in ihren Wohnungen belauschen oder ausspähen? Darf der Staat Flugzeuge abschießen und den Tod der Insassen in Kauf nehmen, wenn das Flugzeug offenbar Terroristen als Waffe dient? Darf ein Terrorist bzw. Entführer mit körperlicher Gewalt zum Verrat des Verstecks einer gefährlichen Zeitbombe bzw. seines Opfers gezwungen werden? Alle Beispiele variieren eine Rechtsfrage: Wann und inwieweit darf der Staat in die Freiheitsrechte seiner Bürger eingreifen, um Einzelne oder gar die Gesellschaft insgesamt zu schützen und begangene Straftaten zu ahnden?"

Mit diesen Sätzen wurden in der Kursankündigung die Teilnehmer auf unseren "Jurakurs" eingestimmt. Die hier gestellte Frage nach dem Verhältnis von Freiheit und Sicherheit ist nicht nur eine höchst aktuelle, sie ist eine der grundlegenden Fragen des Rechts. Wenn auch die oben angeführten Beispiele Freiheit und Sicherheit als unversöhnliche Gegensätze zeigen, so ist ihr Verhältnis doch weit komplizierter, denn "ohne Sicherheit ist keine Freiheit" (*Wilhelm von Humboldt*). Und wo Unsicherheit oder Furcht herrschen, bleibt die formale Freiheit eine leere Hülse. Nicht umsonst hat die moderne Zivilgesellschaft dem Staat das Gewaltmonopol übertragen. An der Wiege des Verfassungsstaates steht daher die Staatsaufgabe Sicherheit. Aus ihrer Indienstnahme für die Freiheit entsteht aber zugleich ihre Grenze. Damit stellt sich die Frage, wo diese Grenze zu ziehen ist.

Die Suche nach einer Antwort auf diese Frage, die in Deutschland nicht die Erfahrung mit zwei totalitären Regimen und staatlicher Willkürherrschaft ausblenden kann, nämlich Zeiten, in denen persönliche Unfreiheit mit persönlicher Unsicherheit einherging, war aber nur eines der Kursziele.

Daneben galt es, eine Einführung in die Rechtswissenschaften zu geben, um die Beziehung von Freiheit und Sicherheit nicht nur politologisch, sondern auch rechtlich behandeln zu können. Nach einer kurzen Einführung in das juristische Denken und Arbeiten waren deshalb kurz die Vorgaben des Verfassungsrechts darzulegen, an bzw. mit denen alle Sicherheitsgesetze zu messen sind. Sodann wurden jeweils fallorientiert die einschlägigen polizei- bzw. strafverfahrensrechtlichen Rechtsgrundlagen zur Gewährleistung individueller wie staatlicher Sicherheit und zur Beschränkung individueller Freiheit dargestellt. Daneben wurden aber auch die rechtsphilosophische sowie die internationale Dimension des Themas aufgezeigt. Neben dem europäischen Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten war nicht zuletzt das Streben der Europäischen Union nach der Verwirklichung eines "einheitlichen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts" aufzuzeigen (vgl. neben der Präambel auch Artt. 2 u. 29 I EUV), womit auch die Herkunft des Kursthemas erklärt wäre.

Der Leser wird unschwer erkennen können, dass ein so umfassendes und schwieriges Arbeitspensum in zweieinhalb Wochen, von denen faktisch nur etwa zehn Tage für die eigentliche Themenarbeit zur Verfügung stehen, erhebliche Anforderungen an alle Teilnehmer stellt. Natürlich konnten wir die Kursthematik mit unseren "juristischen Anfangssemestern" trotz aller Motivation nicht so intensiv wie in einem universitären Hauptseminar erörtern, auch wenn (oder: gerade weil) sie sehr wissbegierig und diskussionsfreudig waren. Aber nicht zuletzt aufgrund der im Vorfeld durch die Kursteilnehmer erarbeiteten Kurzreferate, mit denen sie selbst in die einzelnen Aspekte des Kursthemas einführten, konnte ein breites rechtliches Spektrum des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit gemeinsam erarbeitet werden. Die hierzu am Ende des Kurses in den folgenden Dokumentationsbeiträgen zusammengetragenen zentralen Aussagen der einzelnen "Fälle" mögen auch Außenstehenden einen kleinen Eindruck von der - wie aufgezeigt durchaus umfassenderen - Kursarbeit vermitteln. Dabei sei noch hervorgehoben, dass jeder Teilnehmer sich für die Dokumentation an einem anderen als "seinem eigenen" Thema (des Impulsreferats) versuchen musste. Wenn auch dies Dokumentieren den Teilnehmern wenig Freude bereitete, da sie eigentlich noch tiefer in den Stoff eindringen wollten, so glauben wir doch nach dem einhelligen Votum der Teilnehmer, auch unser letztes Kursziel erreicht zu haben, nämlich ungeachtet des ernststen Themas etwas Spaß an der Juristerei zu vermitteln.

1. Das Bürger- und Feindstrafrecht nach *Jakobs* (Patrick Jäger)

Die Bedrohung durch den internationalen Terrorismus hat in den letzten Jahren auch zu neuen Fragen an das Strafrecht geführt - vor allem zu der auch theoretischen Kernfrage, ob Rechtssubjekte, die sich außerhalb der Rechtsordnung stellen, gleichwohl nach den (freiheitlich-rechtsstaatlichen) Maßstäben dieser Rechtsordnung zu bestrafen sind. Solche Erwägungen sind unter dem Begriff "Feindstrafrecht" Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Debatte geworden. Die Theorie eines Feindstrafrechtes ist 1985 von *Günther Jakobs* entwickelt worden - noch unter dem Eindruck der terroristischen Vorfälle im Deutschland der späten 1970er Jahre. Eine weitere Überarbeitung und Konturierung erfuhr die Theorie in den vergangenen Jahren vor dem Hintergrund der Erfahrung des neueren islamistischen Terrorismus.

Die Differenzierung zwischen dem (normalen) "Bürgerstrafrecht" und dem "Feindstrafrecht" wird anhand der Begriffe "Bürger" und "Feind" deutlich. Den "**Bürger**" definiert *Jakobs* als einen Menschen, "der zumindest einigermaßen verlässlich Rechtstreue leistet, [weswegen er] den Anspruch [hat], als Person behandelt zu werden"¹. "**Feind**" ist demgegenüber, "wer diese Leistung nicht erbringt, [er ist somit fremdzuverwalten], was heißt, [dass] er nicht als Person behandelt [werden darf]"². Wichtigster aktueller Anwendungsfall des Feindesbegriffs sind Terroristen.

¹ *Günther Jakobs*, Terroristen als Personen im Recht?, ZStW 117 (2005), 839 (843).

² *Jakobs* a.a.O., ZStW 117 (2005), 839 (843).

Jakobs Theorie hat einen analytischen und einen normativen Kern. Ihre **analytische Seite** liegt in dem Versuch des Nachweises, dass Elemente des Feindstrafrechts - vor allem durch jüngere Gesetze zur Bekämpfung des Terrorismus und der Organisierten Kriminalität - bereits Einzug in die auf alle Bürger anzuwendenden Regelungen des Strafgesetzbuches (StGB) gehalten habe. Indikatoren hierfür seien, "(1) eine weite Vorverlagerung der Strafbarkeit, also der Blickwechsel von der geschehenen auf die kommende Tat; (2) keine der Vorverlagerung angemessene Reduktion der Strafe; (3) der Übergang von der Strafrechtsgesetzgebung zur Bekämpfungsgesetzgebung; und (4) der Abbau prozessualer Garantien, wobei die Kontaktsperre (§§ 31 ff EGGVG) das klassische Beispiel bilde".³

In **normativer Hinsicht** rechtfertigt *Jakobs* die Konzeption eines Feindstrafrechts als gebotene Antwort auf den vor allem durch den Terrorismus herausgebildeten Typus der Rechtsuntreue, der haltungsgemäß prinzipiellen und aktiven Gegnerschaft zur Rechtsordnung. Die Antwort hierauf kann auch in einer härteren Bestrafung - zur Stärkung des generalpräventiven Abschreckungseffekts - liegen. Gewichtiger für das Feindstrafrecht aber ist das Ziel der Gefahrenabwehr⁴, das eigentlich dem Polizeirecht zuzuordnen ist. Den Grund für die Ermittlungen gegen Terroristen sieht *Jakobs*⁵ vor allem in der Verhinderung weiterer Taten; Aufgabe des gegen die Terroristen gerichteten Strafrechts ist vor allem die Gewährleistung von Sicherheit, nicht aber (wie im "Bürgerstrafrecht") die Resozialisierung der Feinde. Im Sinne der Gefahrenabwehr müsse das aus der prinzipiellen Rechtsuntreue der Terroristen herrührende Defizit an kognitiver Sicherheit durch geeignete Maßnahmen kompensiert werden – etwa durch die Anwendung von Zwang gegenüber Terroristen oder durch den Entzug des jeweils missbrauchten Rechts, beispielsweise also der Handlungsfreiheit. Solche Maßnahmen sollten das sog. Klugheitsgebot verwirklichen, demzufolge es dem Rechtsstaat obliegt, das "praktisch Optimale"⁶ anzustreben.

Unklar ist jedoch, wie die Theorie des Feindstrafrechts in die praktische (Straf-) Rechtsordnung eingefügt werden könnte, zumal hierbei die Grenzen zwischen Strafverfolgung und Gefahrenabwehr verschwimmen. Beispielhaft sei hier die (eher polizeiliche) Problematik einer Vernehmung jenseits der Grenzen der verbotenen Vernehmungsmethoden des § 136a StPO angeführt. In der Konsequenz der Feinstrafrechtstheorie liegt es, dass der Rechtsstaat seine Schutzpflicht gegenüber den Bürgern durch die Nutzung jedes erlaubten und klugen Mittels ausüben können muss, dies zur Vermeidung drohender, anzeigepflichtiger (!) Straftaten (vgl. § 138 StGB) notfalls auch außerhalb der Grenzen von § 136a StPO.⁷ Als Rechtfertigung solcher - selbstredend der Gefahr des Missbrauchs unterliegender - Maßnahmen dient der Gedanke der Selbstexklusion der Terroristen: wer sich selbst aus der Rechtsordnung ausschließe, der habe keinen Anspruch auf ihren Schutz. *Jakobs* kommt daher - aus seiner Sicht konsequent - zu einer veränderten "**optimalen Rechtsstaatskonzeption**": "Ein alles umfassender Rechtsstaat könnte [den] Krieg [gegen den Terror] nicht führen; denn er müsste seine Feinde als Personen und dürfte sie demgemäß nicht als Gefahrenquellen behandeln. Beim praktisch optimalen Rechtsstaat verhält es sich anders, und das bringt ihm die Chance, nicht an den Attacken seiner Feinde zu zerbrechen."⁸

Vor allem *Frank Saliger*⁹ hat eine scharfsinnige **Kritik** an *Jakobs* Begriff und Theorie des Feindstrafrechts geübt. Er wirft *Jakobs* zunächst vor, dass dieser eine zu wertende Sprache verwende, sowie Zustandsanalyse und persönliche Stellungnahme vermische. Zudem zieht er die analytisch-kritische Potenz des Feindstrafrechts nach *Jakobs* grundsätzlich in Zweifel und kritisiert, dass das Feindstrafrecht freiheitsfeindliche, totalitäre Züge trage. Dies gelte vor allem, indem *Jakobs* die Person (den Bürger) als Pflichtensubjekt mit der Bringschuld verlässlicher Rechtstreue verstehe.

³ Aufzählung nach *Frank Saliger*, Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?, JZ 2006, 756 (758). Vgl. auch *Jakobs* a.a.O., ZStW 117 (2005), 839 (840).

⁴ *Jakobs* a.a.O., ZStW 117 (2005), 839 (845).

⁵ Zum Ganzen *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (844 ff).

⁶ *Jakobs* a.a.O., ZStW 117 (2005), 839 (847).

⁷ Vgl. *Jakobs* a.a.O., ZStW 117 (2005), 839 (849).

⁸ *Jakobs* a.a.O., ZStW 117 (2005), 839 (851).

⁹ *Saliger* a.a.O., JZ 2006, 756 (759 ff).

Die Feindstrafrechtstheorie entpuppte sich somit als ein Täter- statt Tatstrafrecht, auf das besser verzichtet werden sollte.

2. Das Volkszählungsurteil (Dorina Hertig)

Im Jahre 1983 erließ die Bundesregierung das so genannte **Volkszählungsgesetz**, das ursprünglich schon im Jahre 1981 geplant war. Die durch das Volkszählungsgesetz zu erfassenden Daten waren sowohl personenbezogen (Arbeitsort, Religion etc.) als auch den Wohnraum betreffend (Größe, Mietkosten usw.). Die gesetzliche Auskunftspflicht zwang die Bürger zum Ausfüllen der Fragebögen im Zuge der vorgeschriebenen "Totalerhebung". Die Bundesregierung rechtfertigte das Gesetz mit der veränderten sozialen Struktur und den veralteten Daten in Bereichen der sozialen Versorgung sowie der Verkehrsplanung.

Obwohl das Gesetz im Bundestag einstimmig verabschiedet worden war, formierte sich in der Bevölkerung breiter Widerstand. Zahlreiche Bürgerinitiativen wurden gebildet. Sie prangerten an, dass das Volkszählungsgesetz lediglich den Status Quo wiedergebe und empfanden das Gesetz als ersten Schritt in Richtung Überwachungsstaat. Die Hoffnungen der Kritiker ruhten auf den bei dem Bundesverfassungsgericht eingegangenen **Verfassungsbeschwerden**. Es sollte sich herausstellen, dass ein politischer Konsens noch keine Garantie für die Verfassungskonformität eines Gesetzes ist. Denn am 15. Dezember 1983 wurde das Volkszählungsgesetz für verfassungswidrig erklärt¹⁰, da einzelne Regelungen ohne eine hinreichende Rechtfertigung in Grundrechte eingriffen.

Für die Erhebung, Speicherung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten wurde zum ersten Mal das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) formuliert, das seitdem die verfassungsrechtliche Grundlage für die Datenschutzbestimmungen in der Bundesrepublik Deutschland darstellt. Die im Grundgesetz beschriebene und somit auch gewollte und garantierte Selbstbestimmung des Einzelnen ist nur solange realisierbar, wie dem Betroffenen das Recht und die Möglichkeit zusteht, über seine persönlichen Daten und deren Verwendung selbst zu entscheiden. Die Unwissenheit des Individuums bezüglich des Zugriffs auf personenbezogene Daten und deren Verbreitung kann zu einem sozialen Anpassungszwang führen. Ausdruck hierfür ist der *Panoptismus*, begründet durch den französischen Philosophen *Michel Foucault*, der die verstärkte soziale Konformität eines Individuums angesichts von zunehmenden Überwachungs- und Kontrollmechanismen darlegt. Unabhängig vom tatsächlichen Grad der Überwachung gleicht der Einzelne sein Verhalten der normativen Erwartungshaltung des Überwachers an. Das Individuum diszipliniert sich in der Folge selbst und es prägt sich eine soziale Konformität aus, die im Widerspruch zu der freien Entfaltung der Persönlichkeit steht. Diese ist aber unabdingbar für die freiheitliche demokratische Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland. (Informationelle) Selbstbestimmung bedeutet, dass dem Einzelnen die Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit verbleibt, nicht nur über die Erhebung, sondern auch über die weitere Verwendung der Daten zu bestimmen. Er darf nicht zum bloßen Informationssubjekt verkommen. Das Grundgesetz gewährleistet somit nicht die (Daten-) Verarbeitungsfreiheit, sondern begründet Verarbeitungsbarrieren. Das Volkszählungsgesetz von 1983 erfüllte nach Ansicht der Verfassungsrichter nicht das Gebot der Normenklarheit, da das Ziel und der Umfang der Datenerhebung sowie die Verwendung der Daten aus dem Gesetz nicht hinreichend ersichtlich waren. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts sollte die Anwendung von Generalklauseln vermieden und entsprechend der Verhältnismäßigkeit sollten nur absolut erforderliche Daten erhoben werden.

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung findet seine **Anwendung** überall dort, wo personenbezogene Daten im privaten sowie im öffentlichen Sektor erhoben und verarbeitet werden. Dies ist beispielsweise im privaten Bereich bei einer Kreditvergabe oder beim Arbeitsverhältnis der Fall. Angesichts des Wandels in der Informationstechnik kommt den normativen Vorgaben auch

¹⁰ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 - 2 BvR 209, 269, 362, 420, 484/83 = BVerfGE 65, 1 - Volkszählung = NJW 1984, 418.

Bedeutung für die Verarbeitungstechnik als solche zu.¹¹ Da die Verselbständigung von Daten eine Folge der automatischen Verarbeitung ist, spielt der ursprüngliche Erhebungszweck oft keine Rolle mehr. Je höher die Kompatibilität der vorhandenen Systeme ist, desto multifunktionaler ist die mögliche Anwendung. In diesem Sinne ist eine Gewichtung personenbezogener Angaben nicht möglich und es gibt im Kontext der Erhebung keine irrelevanten Daten. Aus diesem Grund ist das *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* nicht daten-, sondern vielmehr verarbeitungsorientiert, es muss eine strikte Zweckbindung geben. Dies hat außerdem zur Folge, dass das *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* nur im allgemeinen Interesse eingeschränkt werden darf und dabei im Hinblick auf die Datenverwendung sowohl das verfassungsrechtliche Gebot der Normenklarheit als auch der Verhältnismäßigkeit beachtet werden muss.

So wurde durch das Bundesverfassungsgericht die Anonymisierung der Befragungsbögen festgelegt, da ein "Abbild der sozialen Realität" auch ohne personenbezogene Daten möglich ist. Daraufhin wurde die Befragung zur **Volkszählung** anhand der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts neu konzipiert und **1987** durchgeführt. Ein dreiviertel Jahr vor dem Stichtag wurde eine Imagekampagne unter dem Titel "10 Minuten, die allen helfen" gestartet, die die Volkszählung als gezielte Maßnahme zum Abbau der Benachteiligung der Frau, zur Sicherung der Renten und zur Schaffung von Arbeitsplätzen darstellte. Laut einer Emnid-Umfrage stand nämlich damals die Angst der Bürger vor dem Datenmissbrauch an vierter Stelle, direkt hinter der Angst vor einem Krieg. In der Folge führte ein Boykott unter dem Motto "Ziviler Ungehorsam für mehr Demokratie" dazu, dass 15% der Antworten fehlten. Dennoch wurde die Volkszählung als Erfolg gewertet, da das statistische Mittel repräsentativ war.¹²

3. Die Urteile des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch (Muriel Frenznick)

Der Schwangerschaftsabbruch – von Feministinnen als Ausdruck ihres Selbstbestimmungsrechts hart erkämpft – wurde lange Zeit sehr kontrovers diskutiert. Dass eine Frau eine Schwangerschaft beenden können muss, die ihr Leben gefährdet, leuchtet ein. Und bis zum 13. Tag nach der Empfängnis ist eine Schwangerschaft noch so unsicher, dass die Bestrafung einer Abtreibung nicht sinnvoll wäre. Aber kann die Abtreibung nach dieser Zeitspanne auch ohne medizinischen Grund ungestraft bleiben? Müsste eine Frau nach den rechtlichen Grundlagen abtreiben können und dadurch ihr Leben frei bestimmen dürfen oder ist das werdende Leben in jedem Fall auszutragen und jede Abtreibung zu bestrafen? Die hierbei vorausgesetzte staatliche Pflicht, mit den Mitteln des Strafrechts zum Schutz des werdenden Lebens einzugreifen, versteht sich aber nicht von selbst. Denn die hier (von dem Bundesverfassungsgericht 1975 im Mehrheitsvotum) postulierte "Pflicht des Gesetzgebers zum Erlass von Strafnormen, also zum stärksten denkbaren Eingriff in den Freiheitsbereich des Bürgers ... verkehrt die Funktion der Grundrechte[, nämlich der staatlichen Gewalt Grenzen zu ziehen,] in ihr Gegenteil"¹³. Letztlich ist diese staatliche (**Straf-)** **Pflicht** zum Schutz ungeborenen Lebens wohl durch die besondere Situation des Nasciturus im Mutterleib bedingt, weshalb nachfolgend die Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Schwangerschaftsabbruch dargestellt werden soll.

Eine deutliche Erweiterung der Rechte der Frau stellte das "**Fünfte Gesetz zur Reform des Strafrechts**" von **1974**¹⁴ dar. Es strebte eine Fristenlösung an und bewertete jede Abtreibung (die

¹¹ Dazu und zu folgendem *Spiros Simitis*, Die informationelle Selbstbestimmung - Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, 398 (402).

¹² Heute werden nach dem Mikrozensusgesetz von 2005 jährlich ein Prozent der Haushalte zur Weitergabe ihrer Daten für den Zweck der Staatsplanung verpflichtet. Dies Ergebnis gilt als repräsentativ. Weiterhin sind die Daten aktuell und der Aufwand der Erhebung ist gering, zudem werden wirtschaftliche und soziale Aspekte aufgrund eines vierjährigen Befragungszyklusses besser in ihrer Entwicklung abgebildet. Vgl. <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Wissenschaftsforum/MethodenVerfahren/Mikrozensus/SUFMikrozensus.psml>.

¹³ So kritisch die Abweichende Meinung zu *BVerfG*, Urt. v. 25.2.1975 - 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 = BVerfGE 39, 1 - Schwangerschaftsabbruch I = NJW 1975, 573 (583).

¹⁴ BGBl. I (1974), S. 1297.

die Frau von einem Arzt freiwillig durchführen lässt) bis zur zwölften Schwangerschaftswoche als nicht strafbar. Der Gesetzgeber machte darin also deutlich, dass er die Abtreibung zwar grundsätzlich nicht erlaubt, aber auch nicht gerichtlich verfolgen lässt, wenn sie früh genug vorgenommen werde. Diese Fristenlösung bezeichnete das Bundesverfassungsgericht 1975 als verfassungswidrig, da es die Schutzpflicht des Staates gegenüber dem Ungeborenen nicht für ausreichend gewährleistet ansah. Stattdessen forderte es eine Indikationenlösung¹⁵, die in bestimmten Fällen, nämlich einer medizinischen, einer eugenischen, einer ethischen bzw. kriminologischen oder einer sozialen Indikation, den Schwangerschaftsabbruch für nicht strafbar erklärt. Sie wurde dann Gesetz und galt bis 1992.

Im Jahr **1992** sollte dann, nachdem im Zuge der Vereinigung Deutschlands aufgrund einer Übergangsregelung im Gebiet der ehemaligen DDR deren Fristenregelung weiterhin gegolten hatte, mit dem "**Schwangeren- und Familienhilfegesetz**"¹⁶ eine Mischung aus Fristen- und Beratungslösung eingeführt werden. Laut diesem Gesetz war der Schwangerschaftsabbruch innerhalb der ersten zwölf Wochen nicht strafbar, wenn eine Beratung vorausgegangen war. Auch dieses Gesetz wurde durch das Bundesverfassungsgericht gekippt, das nun nicht nur die mangelnde Berücksichtigung der Indikationen, sondern auch die unzureichende Beratung von Schwangeren, die abtreiben wollten, rügte.

Das Bundesverfassungsgericht zog in seinen Urteilen mehrere Grundrechte bei der **Abwägung** der Freiheit der Schwangeren gegen die Sicherheit des Ungeborenen heran. Ein Schwangerschaftsabbruch komme der Tötung des sich entwickelnden Lebens gleich und sei folglich auch nicht mit dem *Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit* (Art. 2 II 1 GG) vereinbar. Dieses Grundrecht sei – zumindest nach der Mehrzahl der unterzeichnenden Richter¹⁷ – auch dem Nasciturus zuzusprechen, da nach der Einnistung der befruchteten Eizelle kein nennenswerter Sprung in der Entwicklung des werdenden Menschen mehr feststellbar sei. In Verbindung mit Art. 1 I 2 GG besitze der Staat gegenüber diesem Leben, das sich selbst noch nicht einmal verteidigen kann, eine **Schutzpflicht** (Art. 2 II 1 GG i.V.m. Art. 1 I 2 GG). Doch auch die Schwangere besitze zu beachtende Grundrechte. Durch eine Verpflichtung, die Schwangerschaft auch gegen ihren Willen auszutragen, könnten ihr *Allgemeines Persönlichkeitsrecht* (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) und ihr *Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit* (Art. 2 II 1 GG) beeinträchtigt werden. Allerdings würden ihre Rechte durch die Austragung der Schwangerschaft nur eingeschränkt, das Recht des Nasciturus auf Leben bei einem Abbruch der Schwangerschaft allerdings verneint. Mit dem Töten des Ungeborenen würde also die Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 II GG) nicht beachtet. Aufgrund des Prinzips des schonendsten Ausgleichs konkurrierender grundgesetzlich geschützter Positionen dürfe die "Rechtsordnung (...) nicht das Selbstbestimmungsrecht der Frau zur alleinigen Richtschnur ihrer Regelungen machen. Der Staat muss grundsätzlich von einer Pflicht zur Austragung der Schwangerschaft ausgehen, ihren Abbruch also grundsätzlich als Unrecht ansehen. In der Rechtsordnung muss die Missbilligung des Schwangerschaftsabbruchs klar zum Ausdruck kommen. Es muss der falsche Eindruck vermieden werden, als handle es sich beim Schwangerschaftsabbruch um den gleichen sozialen Vorgang wie etwa den Gang zum Arzt zwecks Heilung einer Krankheit oder gar um eine rechtlich irrelevante Alternative zur Empfängnisverhütung"¹⁸. "Das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs und die grundsätzliche Pflicht zum Austragen des Kindes sind zwei untrennbar verbundene Elemente des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes. (...) Dagegen kann die Frau für die mit dem Schwangerschaftsabbruch einhergehende Tötung des Ungeborenen nicht eine grundrechtlich in Art. 4 I GG [als Gewissensfreiheit] geschützte Rechtsposition in Anspruch nehmen."¹⁹

¹⁵ BVerfG, NJW 1975, 573 (577).

¹⁶ BGBl. I (1992), S. 1398.

¹⁷ Richterin Rupp-v. Brünneck vertrat die Meinung, dass erst in einem längeren Entwicklungsprozess ein vom mütterlichen Organismus trennbares selbständig existentes Lebewesen entstehe, weshalb die Abtreibung im ersten Stadium der Schwangerschaft mit Mord oder vorsätzlicher Tötung prinzipiell nicht gleichgestellt werden dürfe (NJW 1975, 573 [584]).

¹⁸ BVerfG, NJW 1975, 573 (576).

¹⁹ BVerfG, Urt. v. 28.5.1993 - 2 BvF 2/90 u. 4, 5/92 = BVerfGE 88, 203 - Schwangerschaftsabbruch II, vgl. dort Leitsätze 3 u. 6.

Der Verpflichtung, das Leben des Nasciturus zu schützen, könne der Gesetzgeber durch Strafandrohung nachkommen.²⁰ Auf jeden Fall müsse die Gesamtheit seiner Maßnahmen deutlich machen, dass der Schwangerschaftsabbruch missbilligt und nur in Ausnahmefällen toleriert werde.²¹ Eine solche tolerierte Ausnahme bestehe, wenn die Frau sich in einer wirklichen Konfliktlage befinde, und rechtfertige die Straffreiheit des Schwangerschaftsabbruchs (vgl. § 218a IV StGB).

In seinem zweiten Urteil von 1993 traf das Gericht dann weitere Aussagen zur staatlichen Schutz- und Strafpflicht: "Die Grundrechtspositionen der Frau führen (...) dazu, dass es in [diesen] Ausnahmelagen zulässig, in manchen dieser Fälle womöglich geboten ist, eine solche Rechtspflicht nicht aufzuerlegen. Es ist Sache des Gesetzgebers, solche Ausnahmetatbestände im einzelnen nach dem Kriterium der Unzumutbarkeit zu bestimmen. Dafür müssen Belastungen gegeben sein, die ein solches Maß an Aufopferung eigener Lebenswerte verlangen, dass dies von der Frau nicht erwartet werden kann."²² Trotzdem müsse aufgrund der Schutzpflicht des Staates auch in diesen Fällen eine Beratung (vgl. § 218a III StGB n.F.) stattfinden, die auf die Austragung der Schwangerschaft ausgerichtet ist (siehe § 219 StGB n.F.).²³ Allerdings sei es dem Gesetzgeber "verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht verwehrt, zu einem Konzept für den Schutz des ungeborenen Lebens überzugehen, das in der Frühphase der Schwangerschaft in Schwangerschaftskonflikten den Schwerpunkt auf die Beratung der schwangeren Frau legt, um sie für das Austragen des Kindes zu gewinnen ..."²⁴ Grundsätzlich sollte für eine bestmögliche Ausübung der staatlichen Schutzpflicht allerdings die Prävention gegenüber der Repression Vorrang haben; es ist also für Lebensbedingungen der Frauen zu sorgen, "die positive Voraussetzungen für ein Handeln der Frau zugunsten des ungeborenen Lebens schaffen"²⁵.

Die heutige Form der Regelung des Schwangerschaftsabbruchs versucht, einen Ausgleich zu finden zwischen der Freiheit der Selbstbestimmung der Frau, ihrer Sicherheit, vom Staat Hilfe zu erfahren, wenn sie sich einer Schwanger- und Mutterschaft nicht gewachsen sieht, und der Sicherheit des Nasciturus, das Recht auf Leben nicht genommen zu bekommen, sondern die Freiheit des Lebens erfahren zu dürfen.

4. Lebenslange Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung

(Sabrina Bittl)

Sowohl in der Antike, als auch im Mittelalter stellte die **lebenslange Freiheitsstrafe** lediglich eine Begnadigung bei der Todesstrafe dar. Heute wird sie in fast allen Ländern, in denen die Todesstrafe abgeschafft ist, als höchstmögliche Strafe angesehen, die das Strafrecht kennt.

So versteht man in Deutschland unter dem Begriff "lebenslange Freiheitsstrafe" grundsätzlich einen Freiheitsentzug bis zum Lebensende. Allerdings kann nach 15 Jahren der Straffest zur **Bewährung** ausgesetzt werden, da der Bestrafte - laut Bundesverfassungsgericht - eine Chance auf Entlassung haben muss. In § 57a StGB werden die Voraussetzungen definiert, welche für einen "vorzeitigen" Abbruch der Haft nötig sind. Demnach darf bei der Verurteilung keine besonders schwere Schuld festgestellt worden sein. Zudem muss der Gefangene eine bestimmte Zeit seines Strafvollzuges verbüßt haben, bevor ein Antrag auf Bewährung überhaupt gestellt werden darf; die Entlassung des Häftlings erfolgt allerdings frühestens nach 15 Jahren Haft. Außerdem wird für die Entlassung ein positives psychologisches Gutachten benötigt, welches dem Inhaftierten ein geringes Rückfallrisiko bescheinigt. So wird dem Antrag auf Bewährung erst stattgegeben, wenn vollständig ausgeschlossen werden kann, dass von dem Straftäter eine Gefahr für die Allgemeinheit ausgeht.

²⁰ Was er mit § 218 StGB auch tut.

²¹ Dies zeigt sich in § 218a I StGB.

²² BVerfGE 88, 203 (204), vgl. Leitsatz 7.

²³ Das Gesetz von 1992 hatte zwar eine Beratung vorgesehen, aber offenbar nicht entschieden genug darauf geachtet, dass sie auf das Austragen der Schwangerschaft abzielt.

²⁴ BVerfGE 88, 203 (204), vgl. Leitsatz 11.

²⁵ BVerfGE 88, 203 (204), vgl. Leitsatz 12.

Letztendlich muss der Gefangene seiner Entlassung selbst zustimmen - so kann keiner gegen seinen Willen entlassen werden (vgl. § 57 II u. III StGB).

Sehr umstritten ist die Frage, ob die lebenslängliche Freiheitsstrafe mit den **Grundrechten** überhaupt vereinbar ist. Gerade für die Artikel 1 und 2 GG wird "lebenslänglich" teilweise als außerordentlich schwerer Eingriff angesehen. Schließlich schränkt die Haft die Freiheit einer Person massiv ein und dem Gefangenen wird durch die lebenslange Freiheitsstrafe die Rückkehr in ein normales Leben verwehrt, er hat keinerlei Chancen, wieder ein normaler, unbescholtener Bürger zu werden. Meist genanntes Argument, das gegen die lebenslange Freiheitsstrafe verwendet wird, bleibt allerdings die Verletzung der Menschenwürde. Es heißt, dass solch eine Haftstrafe mit einer derartigen Länge unumgänglich zu einem physischen bzw. psychischem Leiden des Verurteilten führen muss.

Am 21. Juni 1977 befasste sich das **Bundesverfassungsgericht** mit den oben genannten Rechtsfragen.²⁶ Dabei stellte das Gericht fest, dass die Würde des Menschen zwar unantastbar ist, genauso wie die Freiheit der Person prinzipiell unverletzlich ist. Allerdings versteht das Grundgesetz diese Freiheit nicht als diejenige eines isolierten und selbstherrlichen, sondern eines gemeinschaftsbezogenen und gemeinschaftsgebundenen Individuums²⁷. Weiter betonte das Gericht, dass sich der Einzelne gewisse Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen muss, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren erlassen hätte²⁸. Zugleich hoben die Richter allerdings hervor, dass der Mensch auf keinen Fall zum bloßen Objekt des Staates werden dürfe, da sich dies nicht mit der Menschenwürde vereinbaren ließe²⁹. Deshalb müsste auch bei der Verhängung einer Freiheitsstrafe explizit darauf geachtet werden, dass Schuld und Sühne in einem zu rechtfertigenden Verhältnis stünden. Denn der Grundsatz "nulla poena sine culpa" hat den Rang eines Verfassungssatzes³⁰. Zudem stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass es unvereinbar mit der Menschenwürde (Art. 1 I GG) ist, einen Menschen lebenslang einzusperren ohne Chance auf Freilassung. Damit betonte das Gericht noch einmal ausdrücklich, dass jedem Verurteilten die Möglichkeit, auf Bewährung entlassen zu werden, zustehe. Ferner wies der Senat daraufhin, dass die Vollzugsanstalten die Pflicht haben, auch bei den zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Gefangenen auf deren Resozialisierung hinzuwirken sowie sie lebenstüchtig zu erhalten und schädlichen Auswirkungen des Freiheitsentzuges - und damit auch und vor allem deformierenden Persönlichkeitsveränderungen - entgegenzuwirken³¹. Die Aufgabe des Staates ist es dabei, alle gesetzlichen Maßnahmen zu treffen, die geeignet und nötig sind, bei den Inhaftierten dieses Vollzugsziel zu erreichen. Schließlich hat jeder Gefangene gemäß Artt. 1 I i.V.m. 2 I GG Anspruch auf Resozialisierung. Alles andere wäre eine Verletzung der Menschenwürde und somit nicht mit Art. 1 I GG vereinbar. Gleichzeitig erklärte das Bundesverfassungsgericht allerdings auch, dass die Menschenwürde nicht verletzt wird, wenn der Vollzug der Strafe wegen fortdauernder Gefährlichkeit des Gefangenen notwendig ist und sich aus diesem Grunde eine Strafaussetzung zur Bewährung verbietet. Denn es darf der staatlichen Gemeinschaft nicht verwehrt werden, sich vor einem gemeingefährlichen Straftäter durch Freiheitsentzug zu sichern. Dennoch sei immer der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten und die Vorschriften des Strafvollzugsgesetzes einzuhalten³².

Abschließend kann man also sagen, dass die lebenslange Freiheitsstrafe grundsätzlich zulässig ist, solange eine Humanisierung des Strafvollzuges gewährleistet ist und dem Häftling eine Chance auf Entlassung und somit auf eine Resozialisierung zusteht.

Zu einer längeren Freiheitsstrafe tritt öfter die so genannte **Sicherungsverwahrung**, welche eine Form der strafrechtlichen Sanktionen der *Maßregeln der Besserung und Sicherung* darstellt und

²⁶ BVerfG, Urt. v. 21.6.1977 - 1 BvL 14/76 = BVerfGE 45, 187 - lebenslange Freiheitsstrafe = NJW 1977, 1525.

²⁷ Vgl. BVerfGE 33, 303 (334 m.w.N.) - Numerus clausus.

²⁸ Vgl. BVerfGE 30, 1 (20) - Abhörurteil.

²⁹ Vgl. BVerfGE 27, 1 (6) m.w.N. - Mikrozensus.

³⁰ Vgl. BVerfGE 20, 323 (331).

³¹ Vgl. BVerfGE 35, 202 (235 f) - Lebach.

³² BVerfGE 45, 187 (242).

sich an der Gefährlichkeit des Täters orientiert. Hiernach bleibt der Täter bei angeordneter Sicherungsverwahrung auch nach der Verbüßung seiner Haft in staatlichem Gewahrsam, um so eine mögliche Gefährdung der Bevölkerung zu verhindern.

Grundsätzlich kann man bei der Sicherungsverwahrung verschiedene Arten unterscheiden. So gibt es neben der zwingend anzuordnenden Sicherungsverwahrung gemäß § 66 I StGB auch die im Ermessen des Gerichts stehende Sicherungsverwahrung nach § 66 II u. III StGB sowie die "vorbehaltene Sicherungsverwahrung" gemäß § 66a StGB und die "nachträgliche Sicherungsverwahrung" nach § 66b StGB. Während zunächst das Maximum einer solch gesonderten Verwahrung bei zehn Jahren lag, wurde im Jahr 1997 eine "lebenslängliche" Verhängung möglich, so dass es jetzt grundsätzlich möglich ist, für den ganzen Rest eines Lebens in Sicherungsverwahrung zu kommen.

Hiergegen kamen alsbald Stimmen auf, welche von einer Verletzung der Menschenwürde aus Art. 1 I GG sprachen und das Recht auf Resozialisierung betonten, welches bei einer unbefristeten Sicherungsverwahrung nahezu verunmöglicht werde.

Am 5. Februar 2004 fiel schließlich das **Bundesverfassungsgericht** hierzu eine Entscheidung.³³ Die Richter erklärten die Neuregelung für verfassungskonform. Sie betonten zwar, dass die Inhaftierten ein Recht auf einen humanen Strafvollzug hätten und dass ihnen grundsätzlich eine Chance auf Entlassung zustehe. Dennoch dürfe man trotz allem nicht vergessen, dass auch die Sicherheit der Allgemeinheit gewährleistet werden muss³⁴. Außerdem stellte das Gericht klar, dass eine lebenslange Sicherungsverwahrung besonderer Begründung bedarf und betonte, dass je länger die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung andauert, die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzuges desto strenger sind³⁵. Wenn das Vollstreckungsgericht unter strengen Voraussetzungen entschieden hat, dass die Sicherungsverwahrung wegen fortbestehender qualifizierter Gefährlichkeit des Betroffenen über zehn Jahre hinaus anzudauern hat, so verstößt die weitere Freiheitsentziehung grundsätzlich nicht gegen die Grundrechte. Eine lebenslange Sicherungsverwahrung ist hiernach, ebenso wie eine lebenslange Freiheitsstrafe, die *ultima ratio* staatlicher Sanktion.

5. Deutscher Herbst - Der Fall Hanns-Martin Schleyer (Lucas Seeliger)

Am 5. September 1977 wurde **Hanns-Martin Schleyer**, der damalige Präsident der *Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände* und Präsident des *Bundesverbandes der deutschen Industrie*, von Terroristen der *Roten Armee Fraktion* (RAF) entführt. Als Bedingung für seine Freilassung wurden die Bundesregierung sowie das Bundeskriminalamt vor die Forderung gestellt, elf inhaftierte Terroristen freizulassen und ihnen die Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland zu genehmigen. Sollte dies nicht geschehen, wurde mit dem Tod der entführten Geisel gedroht. Der Sohn des Entführten, *Hanns-Eberhard Schleyer*, stellte am 15. Oktober 1977 bei dem Bundesverfassungsgericht einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, um so die Bundesregierung zu verpflichten, die zur Freilassung seines Vaters aufgestellten Forderungen zu erfüllen. Nachdem der Antrag am 16. Oktober 1977 um 5:45 Uhr abgelehnt³⁶ worden und eine Erfüllung der Forderungen seitens der Bundesregierung ausgeblieben war, wurde *Hanns-Martin Schleyer* am 18. Oktober 1977 von den Terroristen erschossen.

In seiner Antragsschrift bezog sich *Hanns-Eberhard Schleyer* auch auf den Fall des Politikers **Peter Lorenz**, der am 27. Februar 1975 ebenfalls von Terroristen entführt worden war³⁷. Damals hatte sich die Bundesregierung unter Berufung auf den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB) und

³³ BVerfG, Urt. v. 5.2.2004 - 2 BvR 2029/01 = BVerfGE 109, 133 - unbefristete Sicherungsverwahrung = NJW 2004, 739.

³⁴ Vgl. BVerfGE 45, 187 (229) - lebenslange Freiheitsstrafe.

³⁵ Vgl. BVerfGE 70, 297.

³⁶ BVerfG, Urt. v. 16.10.1977 - 1 BvQ 5/77 = BVerfGE 46, 160 - Schleyer = NJW 1977, 2255.

³⁷ Vgl. BVerfGE 46, 160 (162).

die staatliche Pflicht zum Schutz des Lebens (Art. 2 II 1 GG) entschlossen, auf die Forderungen der Entführer einzugehen, bestimmte Terroristen aus der Haft zu entlassen, ihnen freies Geleit zu gewähren sowie eine bestimmte Geldsumme zu zahlen. Der entführte *Lorenz* war so am 5. März 1975 wieder freigekommen.

Schleyer berief sich auf das **Grundrecht auf Leben** und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II 1 GG, welches den Staat auch verpflichte, das Leben als *höchstes* Rechtsgut zu schützen³⁸. Damit könne nicht argumentiert werden, das Leben des Entführten müsse zum Zwecke der Rettung eines höheren Rechtsguts geopfert werden. Da der Staat sich in einem rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB befinde, sei er auch nicht durch andere Rechtsvorschriften daran gehindert, alles für den Schutz des Lebens des entführten *Schleyers* zu tun. Schließlich greife im Hinblick auf den Entführungsfall *Peter Lorenz* der Anspruch auf Gleichbehandlung durch die staatliche Gewalt aus Art. 3 I GG.

Die Bundesregierung bezog sich ebenfalls auf das im Grundgesetz verankerte Recht auf Leben (Art. 2 II 1 GG) und brachte vor, dass bei einer Freilassung der inhaftierten Terroristen wiederum eine ernsthafte Gefahr für das Leben Dritter entstehen würde, wie gerade die Erfahrungen aus dem Fall *Peter Lorenz* zeigten³⁹. Somit könne der Staat seiner Schutzpflicht gegenüber *Schleyer* hier nicht nachkommen. Im Übrigen könne es keine einheitlichen Regelungen zum Handeln des Staats in Notsituationen geben, vielmehr müsse der Bundesregierung ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum eingeräumt werden, um den Besonderheiten jeden Falls gerecht zu werden.⁴⁰

In seinem Beschluss betonte zwar das **Bundesverfassungsgericht** erneut die aus Art. 2 II 1 GG i.V.m. Art. 1 I 2 GG folgende staatliche Pflicht zum Schutz jedes menschlichen Lebens⁴¹ und dies heißt auch, das Leben vor rechtswidrigen Eingriffen Dritter zu schützen⁴². Allerdings überließ es das Bundesverfassungsgericht den staatlichen Organen, zu diesem Zweck grundsätzlich in eigener Verantwortung die zweckdienlichen und gebotenen Schutzmaßnahmen zu finden⁴³. Dies kann zwar bedeuten, dass unter Umständen nur eine bestimmte Maßnahme in Betracht gezogen werden darf⁴⁴. So lag es in dem konkreten Fall jedoch nach Sicht des Gerichts nicht. Würden zum Schutz gegen lebensbedrohende terroristische Erpressungen im voraus generell Maßnahmen festgelegt oder im Einzelfall aus den Individualgrundrechten abgeleitet, so vereitelte dies eine angemessene Reaktion des Staates, zumal der Staat ebenfalls nach Art. 2 II 1 GG zum Schutz der Allgemeinheit verpflichtet sei.⁴⁵ Andernfalls wäre die Reaktion des Staates für die Terroristen vorhersehbar und somit der Staat durch diese erpressbar. Ebenso greife auch nicht die Argumentation, es liege ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 I GG vor.⁴⁶

Insgesamt hat das Bundesverfassungsgericht den staatlichen Organen somit großes Vertrauen zugebilligt, indem es zur Sicherung der Staatssouveränität einen weiten **staatlichen Handlungsfreiraum** beim Lebensschutz eröffnet. Da es zugleich allerdings betont, dass die Maßnahmen zweckdienlich und auf Grund einer spezifischen Abwägung geboten sein müssen, verengt es aber wiederum die zugestandene situationsbedingte Abwägung⁴⁷. Mit seinen Ausführungen über grundlegende Schutzpflichten des Staates stellt das Urteil somit eine Grundlage für die zeitlos aktuelle Diskussion über individuelle Freiheitsrechte und staatliche Sicherheitspflichten dar. Die teilweise gegensätzlichen Schutzpflichten des Staates zeigen sich heutzutage etwa in den Fällen des Folterverbotes⁴⁸ oder des Luftsicherheitsgesetzes⁴⁹.

³⁸ Siehe dazu *BVerfGE* 39, 1 (42) - Schwangerschaftsabbruch I, wonach allerdings das Leben innerhalb der grundrechtlichen Wertordnung nur (!) "einen Höchstwert" darstellt; ebenso vorliegend *BVerfGE* 46, 160 (164).

³⁹ Vgl. *BVerfGE* 46, 160 (163).

⁴⁰ Vgl. *BVerfGE* 46, 160 (163).

⁴¹ Vgl. *BVerfGE* 46, 160 (164).

⁴² So bereits *BVerfGE* 39, 1 (42).

⁴³ Vgl. *BVerfGE* 46, 160 (164).

⁴⁴ Vgl. *BVerfGE* 46, 160 (164 f).

⁴⁵ Vgl. *BVerfGE* 46, 160 (165).

⁴⁶ Vgl. *BVerfGE* 46, 160 (165).

⁴⁷ Vgl. *Schulze-Fielitz* in: *Horst Dreier*, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 2 II Rn. 90.

⁴⁸ Siehe dazu unten 8. sowie *BVerfGE*, Beschl. v. 14.12.2004 - 2 BvR 1249/04 = NJW 2005, 656 - Gäfen.

6. Der Richtervorbehalt bei "Gefahr im Verzug"

(Philipp Poitiers)

In einem Strafverfahren greifen die Strafverfolgungsbehörden mit ihren Ermittlungsmaßnahmen vielfach in die Grundrechte des Beschuldigten oder anderer Personen ein. Wiegen die Grundrechtseingriffe besonders schwer, soll ein sog. **Richtervorbehalt** – insbesondere, aber nicht nur bei verdeckten Ermittlungsmaßnahmen – das Fehlen eines wirksamen vorbeugenden Rechtsschutzes kompensieren⁵⁰. Hierbei muss die ermittelnde Behörde für den Grundrechtseingriff eine gerichtliche Erlaubnis einholen. Das Gericht, in der Regel ein einzelner Richter, entscheidet dann über die Zulässigkeit der grundrechtsbeeinträchtigenden Maßnahme. Der Richtervorbehalt soll als Ausprägung des Grundrechtsschutzes durch Organisation und Verfahren die Berücksichtigung der Interessen der Betroffenen durch eine unabhängige und neutrale Instanz gewährleisten⁵¹. Aufgrund der ihr übertragenen Strafverfolgungsaufgaben können die Staatsanwaltschaft bzw. der Polizeivollzugsdienst den Grundrechtsschutz nicht in gleicher Weise garantieren. Jedoch sind Konstellationen denkbar, in denen das Hinzuziehen des Richters zu einer Gefährdung des Erfolgs der Eingriffsmaßnahme führen müsste⁵². Bei diesen mit dem Begriff der **Gefahr im Verzug** beschriebenen, besonders eilbedürftigen Fällen muss der verfahrensrechtliche Grundrechtsschutz ausnahmsweise (vorläufig) zurücktreten.

Die **praktische Handhabung** des Richtervorbehaltes sieht sich erheblichen rechtstaatlichen Bedenken ausgesetzt. So wurde unlängst empirisch festgestellt, dass die meisten Ermittlungsrichter den Anträgen der Staatsanwaltschaft und ihrer Ermittlungspersonen ohne nähere Prüfung stattgeben⁵³. Die Kontrollfunktion der Ermittlungsrichter wird teilweise umgangen; zudem genügen Anträge auf Einholung richterlicher Erlaubnisse oft nicht elementaren Mindestanforderungen⁵⁴. Der Begriff *Gefahr im Verzug* wird oft (zu) großzügig ausgelegt und z.B. bloß mit beruflicher Erfahrung anstelle von überprüfbaren Tatsachen begründet. Zudem verhindern schlechte Fortbildung und mangelnde Motivation der Richter eine ausgiebige Bearbeitung der Einzelfälle⁵⁵. Problematisch ist auch, dass es zu bestimmten Zeiten (z.B. nachts und an Feiertagen) für einen Ermittlungsbeamten nur eingeschränkt möglich ist, seinen Antrag für grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahmen einem Richter zur Beurteilung vorzulegen, was die Praxis dazu verleitet, oftmals Gefahr im Verzug anzunehmen, ohne überhaupt zu versuchen, einen Richter zu erreichen. Eine häufig sehr intensive und "gute" Zusammenarbeit zwischen Staatsanwaltschaft, Polizeibeamten und Richtern lässt zudem Bedenken an einer wirksamen Kontrollfunktion des Richtervorbehalts aufkommen⁵⁶.

Bereits im Jahr 2001 hatte das **Bundesverfassungsgericht** daher Anlass, grundlegende Aussagen zum Richtervorbehalt und zur Gefahr im Verzug zu treffen⁵⁷: Insbesondere sei der Begriff der Gefahr im Verzug eng auszulegen. Die richterliche Anordnung solle wieder zur Regel werden, die nichtrichterliche Anordnung die Ausnahme darstellen. Gefahr im Verzug müsse sich immer auf belegbare Tatsachen stützen und dürfe nicht bloß mit beruflicher Erfahrung der Ermittlungsbeamten begründet werden⁵⁸. Insbesondere fehle es an einer Gefahr im Verzug, wenn die Ermittlungsbehörde die zur Begründung herangezogene Eilsituation, etwa durch Zuwarten, selbst herbeiführe⁵⁹ oder

⁴⁹ Siehe dazu unten 9. und *BVerfG*, Urt. v. 15.2.2006 - 1 BvR 357/05 = BVerfGE 115,118 = NJW 2006, 751 - Luftverkehrsgesetz.

⁵⁰ *Christoph Gusy*, Überwachung der Telekommunikation unter Richtervorbehalt - Effektiver Grundrechtsschutz oder Alibi?, ZRP 2003, 275.

⁵¹ *BVerfG*, Urt. v. 20.2.2001 - 2 BvR 1444/00 = BVerfGE 103, 142 - Gefahr im Verzug = NJW 2001, 1121 (1122). Vgl. auch *Gusy* a.a.O., ZRP 2003, 275.

⁵² *BVerfG*, NJW 2001, 1121.

⁵³ *Claus Roxin*, Zum Beweisverwertungsverbot bei bewusster Missachtung des Richtervorbehalts nach § 105 I 1 StPO, NSTZ 2007, 616.

⁵⁴ *Gusy* a.a.O., ZRP 2003, 275.

⁵⁵ *Gusy* a.a.O., ZRP 2003, 275 (276).

⁵⁶ Vgl. *Gusy* a.a.O., ZRP 2003, 275 (276).

⁵⁷ *BVerfG*, NJW 2001, 1121.

⁵⁸ *BVerfG*, NJW 2001, 1121 (1123).

⁵⁹ *BVerfG*, NJW 2001, 1121 (1123).

es aufgrund bloß abstrakter Begründung generell unterlasse, überhaupt Kontakt zu einem Richter aufzunehmen. Ein Ermessen oder Beurteilungsspielraum bestehe für die nichtrichterlichen Organe bei der Annahme von Gefahr im Verzug nicht⁶⁰. Denn die der Judikative übertragenen Aufgaben dürften nicht auf Grund einer faktischen staatsanwaltlichen Letztentscheidungsbefugnis an die Exekutive übergehen⁶¹. Die Gerichte hätten geeignete Vorkehrungen zu treffen, so insbesondere durch die Einrichtung von richterlichen Eil- und Notdiensten, um so eine effektive Erreichbarkeit der Richter zu gewährleisten⁶². Insgesamt stellt das Bundesverfassungsgericht klar, dass die Aufgabebereiche der Ermittlungsorgane und der Gerichte im Ermittlungsverfahren zu trennen sind. Dabei sei es "die Aufgabe und Pflicht des Ermittlungsrichters, sich eigenverantwortlich ein Urteil zu bilden und nicht etwa die Anträge der Staatsanwaltschaft [...] nach einer nur pauschalen Überprüfung einfach gegenzuzeichnen. [...] Die Richterliche Anordnung des Eingriffes [...] muss den Tatvorwurf so beschreiben, dass der äußere Rahmen abgesteckt wird, innerhalb dessen sich der Eingriff halten muss"⁶³.

Das Bundesverfassungsgericht misst in ständiger Rechtsprechung dem Richtervorbehalt einen hohen Stellenwert bei der Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips zu und stellt zunehmend in seiner Rechtsprechung elementare Verstöße gegen gesetzliche Regelungen des Richtervorbehalts fest. Dass auch sieben Jahre nach dem Urteil die dort aufgezeigten Missstände vielfach noch fortbestehen, ist rechtsstaatlich nicht hinnehmbar. Denn unter den grundrechtlichen Verfahrenssicherungen hat der Richtervorbehalt eine zentrale Funktion, die nicht von praktischen Effizienzerwägungen überlagert werden darf. Daher kommt auch der Frage der Effektuierung des Richtervorbehalts durch ein prozessuales **Beweisverwertungsverbot** im Falle seiner Missachtung zunehmende Bedeutung zu⁶⁴.

7. Der polizeiliche Todesschuss (auch: finaler Rettungsschuss)

(Kerstin König)

Die Thematik handelt von der Rechtmäßigkeit eines staatlichen Eingriffs in das Recht auf Leben, indem ein Beamter des Polizeivollzugsdienstes zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefährdung der Geisel den Störer (= Geiselnehmer) tötet.

Zunächst ist klarzustellen, dass diese Maßnahme final ist. Deshalb liegt hierbei ein größtmöglicher Grundrechtseingriff in Art. 2 II 1 GG, das **Recht auf Leben** und körperliche Unversehrtheit, vor. In dieses Grundrecht darf auf Grund eines einfachen Gesetzesvorbehalts eingegriffen werden. Der Staat könnte hier zu Gunsten der Geisel auf Grund einer für diese bestehenden staatlichen **Schutzpflicht** sogar zu einem Eingriff verpflichtet sein. Der Staat kann aber situationsbezogen oft nur eines der beiden Leben schützen. Da der Täter selbst sein Leben schützen kann, ist es erforderlich, dass das Leben der Geisel durch den Staat geschützt wird.

Eine entsprechende polizeirechtliche Regelung fällt grundsätzlich in die **Gesetzgebungskompetenz** der Länder. Ihnen obliegt die Abwehr von Gefahren für die Bürger. Dagegen fällt die Verfolgung von Straftaten mittlerweile grundsätzlich in die Kompetenz des Bundes, da dieser von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit (Artt. 72, 74 I Nr. 1 GG) für das Strafverfahren Gebrauch gemacht hat.

Im **Strafverfahrensrecht** (als Bundesrecht) sieht § 127 II StPO für die Staatsanwaltschaft und die Beamten des Polizeivollzugsdienstes ein Festnahmerecht vor, ohne die Festnahmemittel zu regeln. Ob man in diesem Zusammenhang auch unmittelbaren Zwang anwenden darf, könnte sich aus den Ländergesetzen zum Polizeirecht ergeben. Bei Fehlen einer solchen polizeirechtlichen Regelung wird auch ein Rückgriff auf die strafrechtliche Nothilfe bzw. den rechtfertigenden Notstand

⁶⁰ BVerfG, NJW 2001, 1121 (1123 f).

⁶¹ BVerfG, NJW 2001, 1121 (1123).

⁶² BVerfG, NJW 2001, 1121 (1123).

⁶³ BVerfG, NJW 2003, 1787 (1792) im Anschluss an BVerfG, NJW 2001, 1121 (1122).

⁶⁴ Dazu BGH, Urt. v. 18.4.2007 - 5 StR 546/06 = NJW 2007, 2269 und Roxin a.a.O., NSStZ 2007, 616 (617).

nach §§ 32, 34 StGB erwogen. Im Speziellen muss man hier fragen, ob diese Rechtfertigungsgründe überhaupt für Polizeivollzugsbeamte gelten. Beschränkt man ihre Anwendung darauf, dass sie nur in ihrer Funktion als Privatpersonen derartige Rechtfertigungsgründe geltend machen können, muss man sich weiterhin die Frage stellen, ob sie dann ihre Dienstwaffe nutzen dürfen. Ein Handeln als Privatperson ist - ausgenommen bei einem Handeln zu Gunsten von engen Familienangehörigen - allerdings fragwürdig, da ein Polizeivollzugsbeamter ja Repräsentant staatlicher Gewalt ist und als solcher einer *besonderen* gesetzlichen Eingriffsermächtigung bedarf. Schon hier zeigt sich, dass sich der Todesschuss auf diese Weise nur schwer legitimieren lässt. Aber auch bei einem Rückgriff auf die **Zwangsbefugnisse des Polizeirechts** ergibt sich ein Problem, da dann im Strafverfahren uneinheitliche Regelungen der Länder zur Durchsetzung ein und desselben Bundesgesetzes gegeben wären und die Strafverfahrensrechtsnormen sich als unvollständig erweisen würden. Deshalb wird hier eine so genannte *implizierte Maßnahme* bzw. *Annexkompetenz* aus der strafverfahrensrechtlichen Eingriffsnorm angenommen⁶⁵. Eine gezielte Tötung im Strafverfahrensrecht ist allerdings insofern kontraproduktiv, als es nach finaler Durchführung des Todesschusses kein Interesse bzw. keine Möglichkeit mehr für die Staatsanwaltschaft gibt, ein Strafverfahren gegen den Geiselnnehmer durchzuführen.

Ein polizeilicher Todesschuss kommt somit nur auf **polizeirechtlicher Grundlage** in Betracht⁶⁶. Dabei stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass die Tötung eines Geiselnnehmers zulässig, insbesondere kein Verstoß gegen dessen Menschenwürde sei⁶⁷. Als Begründung hierfür wurde genannt, dass der Geiselnnehmer dabei ja nicht zum bloßen Objekt staatlichen Handelns degradiert wird. Denn er bleibt Subjekt, das sich selbst für die Rolle des Täters entschieden hat.

Zu klären bleiben die Voraussetzungen der **Anwendung des finalen Todesschusses**. Dazu muss man sagen, dass allgemein der Schusswaffengebrauch nur zum Vereiteln eines Angriffs oder zur Festnahme, insbesondere bei einer Flucht, zulässig ist.⁶⁸ Grundsätzlich muss der Todesschuss angekündigt werden. Jedoch gibt es klare Ausnahmen, bei denen von einer vorherigen Ankündigung abgesehen werden kann, wenn nicht sogar muss: zum einen wenn diese überflüssig wäre oder zum anderen, wenn sie eine kontraproduktive Reaktion hervorrufen würde, da dem Täter so die Zeit gegeben würde, zwischen Androhung und Durchführung der Geisel Schaden zuzufügen oder seinerseits den Polizisten zu erschießen. Weiterhin unterliegt die Anordnung des Todesschusses einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Objektiv betrachtet ist der Todesschuss ein geeignetes Mittel und auch die Erforderlichkeit ist in derartigen Ausnahmefällen wie Geiselnahmen grundsätzlich gegeben. Jedoch muss man ebenfalls das hohe Risiko einer Gefährdung Unbeteiligter, wie beispielsweise der Geisel, in Betracht ziehen und sicherstellen, dass der Todesschuss nur als *ultima ratio* angewandt werden darf und er nur zulässig ist, wenn dabei das Ziel verfolgt wird, das Leben der Geisel zu retten.

Zuletzt bleibt zu klären, ob der Todesschuss verbindlich **befohlen** werden kann und wer dafür zuständig ist. Prinzipiell darf hierfür ein Befehl erfolgen. Jedoch ist dieser mehr eine Gestattung denn ein Befehl, so dass der konkret handelnde Polizeibeamte letztlich in der Einsatzsituation über die Umsetzbarkeit der Anordnung entscheidet. Die Zuständigkeit liegt bei einem Handeln zum Schutz des Lebens der Geisel, wie oben gezeigt, grundsätzlich bei der Polizeiführung.

⁶⁵ Näher zum Ganzen *Andreas Schmidt/Thomas Schöne*, Zwangsmittel Einsatz im Rahmen des § 127 II StPO, NStZ 1994, 218.

⁶⁶ Zum Ganzen etwa *Martin Kutscha*, Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt - ein verdrängtes Problem, NVwZ 2004, 801 (802 f).

⁶⁷ Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 15.2.2006 - 1 BvR 357/05 = BVerfGE 115, 118 - Luftsicherheitsgesetz = NJW 2006, 751 (760).

⁶⁸ *Heinz-Georg Sundermann*, Polizeiliche Befugnisse bei Geiselnahmen, NJW 1988, 3192.

8. Der Entführungsfall Jakob von Metzler (Fall Gäfgen / Fall Daschner)

(Veronika Julie Gaile)

Am 27. September 2002 entführte in Frankfurt am Main der Jurastudent *M. Gäfgen* den elfjährigen Bankierssohn *Jakob von Metzler* und erstickte diesen. Zudem erpresste er hohes Lösegeld, wurde bei der Geldübergabe aber von der Polizei beobachtet und später gefasst. Beim Verhör leitete *Gäfgen* durch Falschaussagen die polizeilichen Ermittlungen fehl. Da Hoffnung bestand, dass *Jakob v. Metzler* noch am Leben sei, ließ der damalige stellvertretende Behördenleiter *W. Daschner* dem Entführer schließlich physischen Zwang androhen. Es kam jedoch nicht zum Vollzug der angedrohten Maßnahmen, da *Gäfgen* sofort nach der Androhung gestand und den Fundort der Leiche bekannt gab.

Daschner führte als Rechtfertigung der sog. **Rettungsfolter** aufgrund der damaligen Annahme, dass *Jakob v. Metzler* noch am Leben sei, Notwehr nach § 32 StGB sowie rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB an. Allerdings bestand aufgrund des bereits begangenen Mordes weder ein gegenwärtiger Angriff auf das Leben des *Jakob v. Metzler* noch eine unmittelbare Gefahr für dessen Leben. Auch erscheint zweifelhaft, ob eine Folterandrohung bzw. -anwendung ein angemessenes Abwehrmittel darstellt. Jedenfalls wurde *Daschner* vom Landgericht Frankfurt/Main⁶⁹ wegen Verleitung zur Nötigung im Amt schuldig gesprochen, aufgrund mildernder Umstände aber nach § 59 StGB eine Verurteilung zu einer Geldstrafe vorbehalten. Die Menschenrechtsbeschwerde *Gäfgens* wegen der Folterandrohung blieb beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)⁷⁰ bisher zwar erfolglos. Es wurde aber nochmals betont, dass auch in derartigen Ausnahmesituationen die folterähnliche Gewaltanwendung bzw. -androhung zur Gefahrenabwehr rechtswidrig ist. Das Gericht entschied sich somit eindeutig gegen eine "Rettungsfolter".

Trotzdem wurden sowohl bei dem Fall *Daschner* als auch bei dem Fall *Gäfgen* eine gewisse Nähe zur Rechtfertigung der Folterandrohung erkennbar. Zunächst besteht im Bundesland Hessen laut § 12 II HessSOG eine **Auskunftspflicht** des Täters. Sie greift, soweit es um die Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit geht, selbst dann, wenn der Betroffene zur Vermeidung seiner Selbstbelastung ein Zeugnis- oder Auskunftverweigerungsrecht gemäß §§ 52, 55 StPO geltend machen kann. Allerdings verweist § 12 IV HessSOG auch auf § 136a StPO, in welchem bestimmte Vernehmungsmethoden, wie körperliche Eingriffe, Verabreichung von Mitteln, seelischer Zwang und Täuschung oder Androhung unzulässiger Maßnahmen, untersagt sind. Zudem verbietet § 52 II HessSOG die Erzwingung der Abgabe einer Erklärung mit unmittelbarem Zwang. Die unter **Ein-satz** derart **verbotener Methoden** erlangte Aussage unterliegt, wie §§ 12 II 4 HessSOG, 136a StPO zeigen, im Strafverfahren einem Beweisverwertungsverbot. Solange dieser "Vernehmungsmangel" nicht durch eine sog. qualifizierte Belehrung ausgeräumt wird⁷¹, können auch spätere Vernehmungen des Beschuldigten, bei welchen keine direkte Gewaltandrohung mehr bestand, unter dem Gesichtspunkt der Fortwirkung des Verstoßes gegen § 136a StPO nicht verwertet werden. Hier wurde *Gäfgen* erst im April 2003 qualifiziert belehrt. Daher wurden alle Vernehmungen vor diesem Zeitpunkt nicht verwertet. Ebenso könnte die Verwertung der Beweismittel, welche durch verbotene Vernehmungsmethoden erlangt wurden, aufgrund der Fernwirkung des Verstoßes gegen § 136a StPO untersagt sein. Diese wurde allerdings nach der vorherrschenden Abwägungslehre verneint⁷². Letztlich kam es hierauf aber nicht an, da der mittlerweile qualifiziert belehrte *Gäfgen* in der Hauptverhandlung seine damaligen Aussagen freiwillig wiederholte. Anhand dieser vorliegenden Beweise wurde *Gäfgen* am 14. Dezember 2004 schließlich wegen Mordes in Tateinheit mit erpresserischem Menschenraub mit Todesfolge und unter Feststellung der besonderen Schwere der Schuld zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt.

Trotz beider Urteile scheint die **Frage der Zulässigkeit der Folter in Ausnahmefällen** zum Schutz von Leben weiterhin nicht eindeutig geklärt. Nun unterfällt aber die Würde des Menschen

⁶⁹ *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 20.12.2004 - 5/27 KLS 7570 Js 203814/03 (4/04) = NJW 2005, 692.

⁷⁰ *EGMR*, Urt. v. 30.6.2008 - 22978/05 = NStZ 2008, 699; noch ausstehend ist die Entscheidung der Großen Kammer..

⁷¹ *LG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 9.4.2003 - 5/22 Ks 3490 Js 230118/02 = StV 2003, 325 u. 327.

⁷² Vgl. *LG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 9.4.2003 - 5/22 Ks 3490 Js 230118/02 = StV 2003, 325.

aus Art. 1 I 1 GG als Konstitutionsprinzip der Ewigkeitsgarantie aus Art. 79 III GG und gilt somit als in keiner Weise einschränkbar, ungeachtet dessen, ob es sich um den Täter oder das Opfer handelt. Der Staat hat allerdings die Verpflichtung, das menschliche Leben zu schützen. Im Fall Gäfgen bzw. Daschner steht somit die Menschenwürde des Täters der Schutzpflicht des Staates im Hinblick auf das Recht auf Leben des Opfers gegenüber. Das Recht auf Leben ist jedoch in Art. 2 II 1 GG (nur) mit einem einfachen Gesetzesvorbehalt garantiert. Ihm gegenüber hat die Würde des Menschen somit Priorität, auch wenn deren Beeinträchtigung der Rettung eines Kindes dienlich sein soll. Das zur Garantie der Menschenwürde des Täters erforderliche Folterverbot begrenzt also die staatliche Schutzpflicht zum Schutz des Lebens des Opfers. Es könnte aber auch die Menschenwürde des Täters der Menschenwürde des Opfers gegenüber gestellt werden, wenn dieses etwa eingesperrt in einem engen Raum unter Erstickungsgefahr leidet. *Winfried Brugger*⁷³, als Befürworter der Rettungsfolter, führt mit seinem Fallbeispiel „ticking bomb“, bei welchem ein Bombenleger den Code zur Entschärfung einer Bombe trotz Androhung der Folter nicht preisgibt, an, dass der Täter in diesem Falle dem Staat nicht hilflos ausgeliefert ist, sondern die Entscheidung der Folteranwendung gewissermaßen selbst getroffen habe und zudem die Gefahr eines Aufstandes oder der Selbstjustiz durch die betroffenen Opfer bestünde. Er nimmt eine Analogie zum finalen Rettungsschuss vor, bei welchem der Polizei die Befugnis zu einem Todesschuss auf den Geiselnnehmer zur Rettung des Lebens der Geisel gegeben ist, um so auf den Vorrang des Opferschutzes gegenüber dem Täterschutz hinzuweisen. Allerdings geht bei dem finalen Rettungsschuss eine unmittelbare Gefahr von einem eindeutig identifizierten Angreifer aus, welche durch den Schuss beendet wird, während bei der Rettungsfolter nur mittelbar die Gefahr abgewendet wird, indem der Täter zur Erlangung der Aussage instrumentalisiert wird. Es muss außerdem in Betracht gezogen werden, dass eine Erlaubnis der Folter in Notfällen einen Dammbrecheneffekt auslösen und den Rechtsstaat in Frage stellen würde. Zudem darf keinesfalls außer Acht gelassen werden, dass Folter keine Garantie zur Zweckerreichung ist.

9. Das Luftsicherheitsgesetz (Ellen Heyd)

Nachdem sich mit den Anschlägen auf das World Trade Center am 11. September 2001 eine völlig neue Dimension des Terrorismus zeigte, sah sich die deutsche Politik mit der Aufgabe konfrontiert, ihre Einwohner zukünftig stärker vor derartigen Gefahren zu schützen. Deshalb wurden die Vorgaben zur **Regelung der Luftsicherheit** nachhaltig verschärft. Den ersten Schritt dazu unternahm am 16.12.02 das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union (EU) durch die Verordnung Nr.2320/2002 (später durch Nr. 849/2004 geändert). Diese sah eine Vielzahl von gemeinsamen Sicherheitsmaßnahmen für die Mitgliedsstaaten der EU vor. Sie untersagte beispielsweise den Transport von Flüssigkeiten über 100 ml im Handgepäck. Als jedoch im Jahre 2003 in Frankfurt ein Flugzeugführer sein Sportflugzeug in das Gebäude der Europäischen Zentralbank zu stürzen drohte, wurde das Ziel ins Auge gefasst, eine gesetzliche Bestimmung zur Bekämpfung der Gefahren aus dem Luftraum zu schaffen. Zunächst wurde am 1. Oktober 2003 das nationale Lage- und Führungszentrum "Sicherheit im Luftraum" eröffnet. Es diente als zentraler Informationsknotenpunkt und sollte die Zusammenarbeit von Bund und Ländern zur Gewährleistung der Sicherheit im deutschen Luftraum erleichtern. Im Folgenden trat am 11. Januar 2005 das neue Luftsicherheitsgesetz in Kraft, welches in seinen 21 Paragraphen u.a. als *ultima ratio* das Abschießen von Flugzeugen erlaubte (§ 14 III LuftSiG). Es wurde sogleich, unter anderem durch einen Piloten, vor das Bundesverfassungsgericht gebracht. In seinem hierauf am 15. Februar 2006 ergangenen Urteil⁷⁴ verwarf das **Bundesverfassungsgericht** § 14 III LuftSiG aus kompetenziellen sowie materiellen Gründen.

⁷³ Vgl. *Winfried Brugger*, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, JZ 2000, 165; *ders.*, Das andere Auge - Folter als zweitschlechtesten Lösung, FAZ Nr. 58/2003 v. 10.3.2003, S. 8 = Polizei-heute 2003, 137.

⁷⁴ BVerfG, Ur. v. 15.2.2006 - 1 BvR 357/05 = BVerfGE 115, 118 - Luftsicherheitsgesetz = NJW 2006, 751.

Hinsichtlich der formellen Verfassungsmäßigkeit rügte das Bundesverfassungsgericht die fehlende Gesetzgebungskompetenz sowie - damit freilich eng verbunden - Verwaltungskompetenz.⁷⁵ Seine **Gesetzgebungskompetenz** hatte der Bund auf Art. 73 I Nr. 6 GG gestützt, demzufolge diesem "die ausschließliche Gesetzgebung über den Luftverkehr" zukommt. Diese Kompetenzbestimmung hielt der verfassungsgerichtlichen Überprüfung nicht stand: Der historische Verfassungsgeber hatte sich in dieser Kompetenzvorschrift allein auf die Regelung des Luftverkehrs - etwa vergleichbar dem Straßenverkehr -, nicht aber auf den Umgang mit Gefahren im Luftraum bezogen. Die kompetenzielle Verfassungswidrigkeit des § 14 III LuftSiG ergab sich ferner aus der fehlenden **Verwaltungskompetenz** des Bundes zur Vornahme der gesetzlich angeordneten, jedoch nur von ihm durchführbaren Maßnahme. Der den Abschuss von Flugzeugen ermöglichende § 14 III LuftSiG setzte eine militärische Ausführung mit militärischen Mitteln - mithin den Einsatz der Bundeswehr im Inneren - voraus. Der Bund stützte seine Befugnis insoweit auf Artt. 87a I, 87d GG, die ihm das Recht zur Aufstellung von Streitkräften zur Verteidigung und die Verantwortung über die Luftverkehrsverwaltung übertrugen. Ein Verteidigungsfall liegt jedoch nach der Vorstellung des historischen Verfassungsgebers nur vor, sofern ein militärischer Angriff durch einen anderen Hoheitsträger abgewehrt werden soll. Daran fehlt es bei terroristischen Vorgängen. Auch die alternative Begründung der Zuständigkeit des Bundes wurde aus den Grundsätzen des Art. 35 II u. III GG abgeleitet. Gemäß Art. 35 III 1 GG kann der Bund in Gefahrensituationen wie Naturkatastrophen oder anderen "schweren Unglücksfällen", die das Gebiet mehr als eines Bundeslandes betreffen, im Einzelfall sowohl den jeweiligen Landesbehörden Weisungen erteilen als auch eigene Kräfte, namentlich Bundespolizei und Bundeswehr, einsetzen. Unzweifelhaft war insoweit, dass es sich auch bei einer terroristischen Flugzeugentführung um einen Unglücksfall im Sinne der genannten Vorschriften handelte. Gleichwohl fehlte es dem Bund an der Kompetenz zu einer solchen Regelung: Die hier allein mögliche Ausführung mit militärischen Mitteln ist dem Bund im Rahmen des Art. 35 III GG verwehrt. Dasselbe gilt, soweit die Länder nach Art. 35 II 2 GG bei dem Bund bei einem Unglücksfall Streitkräfte anfordern. Sofern die Bundeswehr zur Unterstützung der Gefahrenabwehrbehörden nach Art. 35 II u. III GG tätig wird, bleibt sie auch auf die den Gefahrenabwehrbehörden zustehenden Mitteln beschränkt.⁷⁶

Im Mittelpunkt der Entscheidung jedoch stand die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes aus **materiellen Gründen**⁷⁷. Die Verabschiedung des § 14 III LuftSiG hatte im Vorfeld eine kontroverse Diskussion um die Frage ausgelöst, ob es legitim sei, die Leben der sich im Flugzeug befindenden Passagiere im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gegen jene der potentiellen Opfer am Zielort des Angriffs abzuwägen. Einerseits wurde die Position vertreten, dass sich mit dem Abschießen die Anzahl der unschuldigen Opfer verringere, da jene am Zielort verschont würden. Es wurde davon ausgegangen, dass jene, die sich an Bord des Flugzeuges befinden, in jedem Fall sterben. Somit sei es besser, das Flugzeug abzuschießen, da lediglich die Passagiere und nicht zusätzlich noch andere sterben müssten. Demgegenüber stand die Auffassung, dass man nicht absolut im Klaren darüber sein könne, ob die Passagiere des Flugzeuges wirklich dem sicheren Tod entgegen sahen, da es eventuell auch zu einer positiven Wendung der Lage kommen könne. Dies würde beispielsweise durch Eigeninitiative der Passagiere geschehen. Es sei darüber hinaus nicht zulässig, den Leben mehrerer Menschen einen größeren Wert beizumessen als denen weniger Menschen. Das Bundesverfassungsgericht sah die Erlaubnis zum Abschuss eines Flugzeuges deswegen als verfassungswidrig an, weil die Maßnahme einen massiven Eingriff sowohl in das Recht auf Leben (Art. 2 II 1 GG) als auch in die in Art. 1 I GG garantierte unantastbare Menschenwürde darstellte. Die Passagiere könnten durch den Eingriff des Staates nicht über ihr eigenes Leben bestimmen und würden zum reinen Objekt der Gefahrenabwehr reduziert. Auch deshalb wurde § 14 III LuftSiG vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erachtet.

⁷⁵ BVerfG, NJW 2006, 751 (754 ff).

⁷⁶ BVerfG, NJW 2006, 751 (757).

⁷⁷ BVerfG, NJW 2006, 751 (757 ff).

Diese Entscheidung fand in der Literatur Zustimmung, erfährt teilweise aber auch stark **Kritik**⁷⁸. Es wurde die Meinung vertreten, dass es durchaus Gefahrensituationen gebe, in denen es unausweichlich sei, die Menschenwürde einzuschränken. Dass dies angeblich nach dem Grundgesetz nicht möglich sei, wurde dadurch zu widerlegen versucht, dass es bereits Ausnahmeregelungen gebe. Als Beispiel wurde hierbei zunächst genannt, dass die Menschenwürde in kriegerischen und nichtkriegerischen Handlungen verschieden bewertet würde. Werde sie situationsabhängig verschieden gewichtet, so könne sie jedoch nicht den absoluten Charakter haben, den das Bundesverfassungsgericht behauptet. Daraus lasse sich der Schluss ziehen, dass ein ähnliches Vorgehen auch beim Angriff durch einen terroristischen Anschlag vorgenommen werden könne oder müsse. Zudem wird angeführt, dass die Würde in der "Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit"⁷⁹ des Menschen seine Wurzeln habe und dass es somit legitim sei, wenn ein Mensch für die Gemeinschaft im absoluten Notfall geopfert würde. Das Hauptargument liegt allerdings darin, dass der unschuldige Passagier beim Abschießen des Flugzeugs nicht zum Objekt des Staates würde, da der Staat bei seinem Eingreifen nicht den Menschen instrumentalisieren, um eine Gefahr zu bannen. Vielmehr nehme der Staat den ohnehin sehr sicheren Tod der Passagiere in Kauf, um weitere potentielle Opfer zu schützen.

Festzuhalten bleibt, dass das Grundgesetz dem Staat zwar verwehrt, eine gesetzliche Regelung über den Abschuss eines Flugzeugs zu treffen, doch hat ein Pilot nach den Grundsätzen über den übergesetzlichen Notstand keine Strafe zu erwarten, wenn er sich dazu gezwungen sieht. Somit bleibt trotz Verfassungswidrigkeit der Maßnahme immer noch die Möglichkeit, im Notfall Schlimmeres zu verhindern. Auf diesem Wege wird die Sicherheit der Bürger weitgehend gewahrt und trotzdem nicht gegen die Verfassung verstoßen.

10. Der Große Lauschangriff (Philipp Hering)

Infolge eines Anstiegs der Kriminalität und den damit größer gewordenen Herausforderungen gegenüber der Organisierten Kriminalität wurden am 26. März 1998 in Art. 13 GG die Absätze drei bis sechs neu eingefügt und in der Strafprozessordnung eine Eingriffsmaßnahme des **Großen Lauschangriffs** geschaffen (vgl. §§ 100c I Nr. 3, 100d, 100e und 100f StPO a.F.). Damit wurde, wie zahlreiche Kritiker zu Recht geltend machten und zwischenzeitlich das Bundesverfassungsgericht feststellte⁸⁰, zugleich das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung verletzt. Die Entstehung dieser Grundgesetzänderung war seinerzeit von erheblichen rechtspolitischen Protesten begleitet, die letztendlich mit dem Rücktritt der damaligen Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger ihren Höhenpunkt fanden. Sie gehörte zu den Gegnern des Großen Lauschangriffs und legte später auch erfolgreich Verfassungsbeschwerde ein.

Für die Durchführung einer Abhörmaßnahme musste gem. § 100c I Nr. 3 u. II StPO a.F. ein begründeter Verdacht für eine besonders schwere Straftat bestehen, eine qualifizierte Subsidiarität gegeben sein und die Anordnung der Maßnahme wurde gem. § 100d I StPO a.F. einer dreiköpfigen (Staatsschutz-) Strafkammer am Landgericht vorbehalten. Die Dauer der Maßnahme war vorerst auf vier Wochen beschränkt, konnte allerdings um vier Wochen verlängert werden. Nach Beendigung der Maßnahme mussten die Beteiligten benachrichtigt werden (vgl. § 101 I StPO a.F.), um ihnen die in Art. 19 IV GG festgeschriebene Rechtsschutzgarantie und den nach Art. 103 I GG zustehenden Anspruch auf rechtliches Gehör zu gewährleisten. Nur bei einer Gefährdung der verdeckt ermittelnden Beamten und der öffentlichen Sicherheit konnte von einer sofortigen Benachrichtigung abgesehen werden. Nach sechs Monaten musste hierfür aber eine Begründung seitens des Richters

⁷⁸ *Christof Gramm*, Der wehrlose Verfassungsstaat? - Urteilsanmerkung zur Entscheidung des BVerfG zum LuftSiG vom 15. Februar 2006 - 1 BvR 357/05 (= DVBl. 2006, 433), DVBl 2006, 653 (657 f).

⁷⁹ *Gramm* a.a.O., DVBl 2006, 653 (659 f).

⁸⁰ *BVerfG*, Urt. v. 3.3.2004 - 1 BvR 2378/98 u. 1 BvR 1084/99 = BVerfGE 109, 279 - Großer Lauschangriff = NJW 2004, 999.

vorliegen. Außerdem mussten regelmäßige Berichte über die getroffenen Maßnahmen an die obersten Justizbehörden und den Bundestag erfolgen.

Der (repressive) Große Lauschangriff warf erhebliche **verfassungsrechtliche Probleme** auf: Einerseits gab es Zweifel, ob der neue Art. 13 III GG überhaupt mit der sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG vereinbar ist. Und andererseits war fraglich, ob die im Zuge des Großen Lauschangriffs vorgenommenen Änderungen in der Strafprozessordnung mit Art. 13 I GG vereinbar sind. Über beide Fragen hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 3. März 2004 entschieden:

Zunächst setzt ein Verstoß gegen **Art. 79 III GG** voraus, dass eine Verfassungsänderung die in Artt. 1 u. 20 GG niedergelegten Grundsätze berührt. Insbesondere eine Verletzung von Art. 1 I GG lag im Ergebnis nicht vor. Zwar ist vor allem ein Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung, zu dem unter anderem Gespräche über Gefühle, Empfindungen, Ansichten, Erlebnisse etc. beispielsweise mit Familienangehörigen oder engen Vertrauten gehören, nicht zu rechtfertigen⁸¹. Eine gegen die Menschenwürde verstoßende Überwachung von höchstpersönlicher Kommunikation ist von Art. 13 III GG jedoch nicht prädeterminiert. Vielmehr enthält dieser eigene Begrenzungen der Ermächtigung zur Wohnraumüberwachung (Richtervorbehalt); er wird außerdem durch andere Verfassungssätze systematisch begrenzt. Demnach ist Art. 13 III GG nach herrschender Ansicht nicht verfassungswidrig⁸².

Das Bundesverfassungsgericht hat zwar den Großen Lauschangriff nicht als Überwachungsinstrument verworfen, seine **strafprozessuale Umsetzung** jedoch in weiten Teilen für verfassungswidrig erklärt: So wurden die strafprozessuale Eingriffsermächtigung zur Durchführung der akustischen Wohnraumüberwachung hinsichtlich der Anlasstaten eingeschränkt und die Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote wurden ausgebaut: Wenn der Kernbereich privater Lebensgestaltung berührt wird, muss die Überwachung abgebrochen und es müssen die Daten gelöscht werden. Das war in § 100d III StPO a.F. nicht hinreichend konkretisiert⁸³. Ferner mussten eine Reihe von Straftaten als nicht hinreichend schwere aus dem Straftatenkatalog gestrichen werden, denn nach der Verfassungsrechtsprechung erfüllen nur Straftaten, die mit einer Mindesthöchststrafe von über fünf Jahren bedroht sind, die Anforderungen an eine *besonders schwere* Straftat nach Art. 13 III GG. Indem die Pflicht zur Benachrichtigung der Betroffenen insbesondere von einer fehlenden Gefährdung der öffentlichen Sicherheit abhängig war, verstieß diese Regelung außerdem gegen Art. 19 IV GG⁸⁴. Ein weiterer Verstoß lag in der Regelung, die das alsbaldige Löschen und Vernichten der Daten in §§ 100d IV 3, 100b VI StPO a.F. vorsah: Hierdurch wurden diese Daten aber auch einer etwaigen gerichtlichen Überprüfung entzogen⁸⁵, weshalb das Bundesverfassungsgericht insofern eine bloße Sperrung der Daten vorsah. Darüber hinaus wurden §§ 100d V 2, 100f I StPO a.F. als nicht mit Artt. 13 I, 2 I i.V.m. 1 I GG vereinbar angesehen, da gewonnene Daten keiner Kennzeichnungspflicht unterlagen⁸⁶.

Der Gesetzgeber ist zwischenzeitlich den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nachgekommen und hat die alten Regelungen in den §§ 100c ff StPO durch Gesetz vom 24. Juni 2005 verfassungskonform abgeändert⁸⁷. Absurd ist allerdings, dass der Große Lauschangriff und die damit verbundenen Gesetzesänderungen in der Öffentlichkeit heiß diskutiert wurden, von der Maßnahme in der Praxis bislang aber nur selten Gebrauch gemacht wurde. So wurden im Jahr 2005 nur sechs und im Jahr 2006 sogar nur zwei Große Lauschangriffe angeordnet und durchgeführt⁸⁸. Abschließend bleibt festzuhalten, dass die Rechtsnormen durchaus ausreichend sind, um den neuen Gefahren im internationalen Kampf gegen den Terrorismus und der Organisierten Kriminalität gerecht zu

⁸¹ BVerfG, NJW 2004, 999 (1002).

⁸² Anders die Minderheitsvoten in BVerfG, NJW 2004, 999 (1020 ff).

⁸³ Vgl. BVerfG, NJW 2004, 999 (1007).

⁸⁴ Vgl. BVerfG, NJW 2004, 999 (1015 f).

⁸⁵ Vgl. BVerfG, NJW 2004, 999 (1020).

⁸⁶ Vgl. BVerfG, NJW 2004, 999 (1019 f).

⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 11.5.2007 - 2 BvR 543/06 = NJW 2007, 2753.

⁸⁸ Meyer-Großner, Strafprozessordnung, 51. Auflage 2008, § 100c Rn. 1.

werden. Allerdings sollte im Laufe der Jahre darauf geachtet werden, dass die Grundrechte und die in Art. 13 III GG gegebenen verfassungsrechtlichen Schranken auch in der Praxis gewahrt werden.

11. Präventiver Großer Lausch- und Spähangriff (Iris Schomäcker)

Schon vor der Änderung des Art. 13 GG im Jahre 1998, die eine Überwachung von Wohnungen mit technischen Mitteln ermöglichte, enthielten die meisten Polizeigesetze Klauseln, die einen gefahrenabwehrenden Einsatz erlaubten⁸⁹. Mit dieser Änderung hat der präventive Große Lausch- und Spähangriff in **Art. 13 IV GG** eine Grundlage im Grundgesetz gefunden. Anders als der repressive Große Lauschangriff nach Art. 13 III GG erlaubt Art. 13 IV GG zu Zwecken der Gefahrenabwehr unter engen materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen grundsätzlich nicht nur eine akustische, sondern auch eine optische Überwachung. Während der Große Lauschangriff bei bestimmten Berufsgruppen, wie Geistlichen, Rechtsanwälten, Abgeordneten, Journalisten, etc., nicht durchgeführt werden darf⁹⁰, sehen die Regelungen über den präventiven Großen Lausch- und Spähangriff keine Ausnahmen hinsichtlich bestimmter Berufsgruppen vor. Außerdem wird für die Anordnung eines präventiven Großen Lausch- und Spähangriffes nur ein Richter benötigt, während der repressive Große Lauschangriff von einer Kammer von drei Richtern angeordnet werden muss. Bei Gefahr in Verzug kann die Maßnahme auch durch eine andere gesetzlich bestimmte Stelle angeordnet werden; in diesem Fall muss eine richterliche Entscheidung jedoch nachgeholt werden⁹¹. Obwohl für einen präventiven Großen Lausch- und Spähangriff verfahrensrechtlich geringere Voraussetzungen statuiert sind als für den repressiven Großen Lauschangriff, sind materiellrechtlich sehr strenge Verhältnismäßigkeitsvoraussetzungen für die präventive Maßnahme zu beachten; sie ist - ebenso wie der repressive Große Lauschangriff - nur als *ultima ratio* zulässig.

Allgemeine Voraussetzung des präventiven Lausch- und Spähangriffes ist eine gegenwärtige Gefahr für hochwertige Rechtsgüter. Solche hochwertige Rechtsgüter sind Leib, Leben und Freiheit der Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt⁹². Gegenwärtig ist eine Gefahr, bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses entweder bereits begonnen hat oder bei der diese Einwirkung unmittelbar oder in allernächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht⁹³. Hierbei findet die sogenannte Je-Desto-Formel als eine besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Anwendung. Hiernach können an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts umso geringere Anforderungen zu stellen sein, je höherwertiger das gefährdete Rechtsgut ist⁹⁴. Ferner muss die Annahme dieser gegenwärtigen Gefahr auf konkrete Tatsachen gestützt werden.

In Folge der zunehmenden Vorverlagerung der Strafbarkeit in das Tatbestandsvorfeld verweisen die **Grenzen zwischen repressiven und präventiven Maßnahmen**. Daher ist häufig unklar, ob in einer konkreten Gefahrenlage die voraussetzungsärmeren und weiter reichenden Befugnisse der Landespolizeigesetze Anwendung finden können. Erlangt die Polizei beispielsweise Kenntnis von einer bevorstehenden Entführung im Sinne des § 239a StGB, so liegt – bei unterstellt organisierter Begehung – darin nicht nur eine polizeirechtliche Gefahrenlage, sondern bereits eine eigenständige Straftat gemäß §§ 30 II, 239a StGB.⁹⁵ Teilweise wird in solchen Fällen ein Vorrang der repressiven Maßnahme angenommen. Ob eine solche Auslegung mit den staatlichen Schutz-

⁸⁹ Vgl. Art. 34 I bayPAG; § 33 III bbgPolG; § 25 IV1 berlASOG; § 33 II bremPolG; § 23 I 1 bwPolG; § 10 II hambGDatPol; § 15 IV 1 hessSOG; § 34b mvSOG; § 35 II ndsSOG; §§ 17 II, 18 II nrwPolG; § 29 rpfPOG; § 28 IV 1 saarlPolG; § 40 I 1 sächsPolG; § 17 IV sanSOG; § 185 III shLVwG; § 35 I thürPAG.

⁹⁰ Vgl. § 100c VI StPO n.F., § 100d III StPO a.F..

⁹¹ Vgl. Art. 13 V 2 GG.

⁹² Vgl. BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 - 1 BvR 370/07 u. 595/07 - Online-Durchsuchung = NJW 2008, 822.

⁹³ Vgl. z.B. § 2 Nr. 1 lit. b ndsSOG.

⁹⁴ Vgl. BVerfGE 100, 313 (392 ff) - G10.

⁹⁵ Jost Benfer, "Großer Lauschangriff" einmal ganz anders gesehen, NVwZ 1999, 237 (238).

pflichten zur Gefahrenabwehr vereinbar ist, steht dahin. Jedenfalls sind Erkenntnisse, die durch einen präventiven Großen Lausch- und Spähangriff erlangt werden, nicht ohne weiteres strafprozessual verwertbar.⁹⁶

Ebenso wie für den repressiven Großen Lauschangriff wurde auch für die entsprechenden präventiven Maßnahmen die **Frage der Verfassungskonformität** erörtert, vor allem die im Jahre 1998 in Art. 13 IV GG eingeführten verfassungsrechtlichen Schranken für Art. 13 I GG problematisiert. Es stellt sich die Frage, ob diese Grundrechtseinschränkung mit Artt. 1 I, 79 III GG vereinbar ist. Die so genannte Objektformel macht eine Verletzung des Art. 1 I GG (Menschenwürde) daran fest, dass der "konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird"⁹⁷. Dagegen verstößt Art. 13 IV GG als solcher jedoch nicht, zumal die durch die Maßnahme gewonnenen Daten nicht beliebig, sondern nur für einen bestimmten Zweck genutzt werden dürfen.⁹⁸ Unvereinbar mit Art. 1 I GG wäre die Maßnahme jedoch im Einzelfall, wenn sie in den "Kernbereich privater Lebensführung" eindringt.⁹⁹ Es sind daher verfahrensrechtliche Sicherungen vorgesehen, die übermäßigen Grundrechtsbelastungen vorbeugen. Verfassungsrechtlich unzulässig erscheint freilich, dass einige Polizeigesetze¹⁰⁰ den verdeckten Einsatz von technischen Mitteln in oder aus Wohnungen zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten erlauben, obwohl Art. 13 IV GG den präventiven Großen Lausch- und Spähangriff allein zur Abwehr, nicht aber zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit zulässt.¹⁰¹

12. Präventive Telekommunikationsüberwachung (TKÜ) (Olga Zonchain)

Im Recht der Gefahrenabwehr gehört die Telefonüberwachung zu den noch jüngeren und wenig verbreiteten Eingriffsmaßnahmen. Erst seit dem Jahr 2002 sehen einige Landesgesetze eine derartige Regelung vor. So verankerte Niedersachsen im Jahr 2004 in seinem neugefassten Sicherheits- und Ordnungsgesetz eine nach Art und Ausmaß besonders weitgehende Regelung (§ 33a I Nr. 1-3 NdsSOG). Die Grundregelung des § 33a I Nr. 1 NdsSOG ermächtigte die Polizei zur Telekommunikationsüberwachung bei Gefährdung eines erheblichen Rechtsguts (Leib, Leben oder Freiheit der Person). In § 33a I Nr. 2 NdsSOG wurde eine Telekommunikationsüberwachung außerdem ermöglicht, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass Straftaten von erheblicher Bedeutung begangen werden und die Verhütung der Straftat oder die Verfolgungsvorsorge auf andere Art und Weise nicht möglich sind. Dieses Recht zur Überwachung wurde in § 33a I Nr. 3 NdsSOG auf Kontakt- und Begleitpersonen der eigentlichen Zielperson ausgeweitet. Nur die - den Bereich klassischer Gefahrenabwehr nicht verlassende - Regelung des § 33a I Nr. 1 NdsSOG hatte vor dem Bundesverfassungsgericht¹⁰² Bestand. Die weitergehenden Regelungen des § 33a I Nr. 2 und Nr. 3 NdsSOG wurden aus kompetenziellen, formellen und materiellen Gründen verworfen.

Problematisch war zunächst, dass die Regelung des § 33a I Nr. 2 SOG eine dritte Spur zwischen dem - der Länderkompetenz unterfallenden - Gefahrenabwehrrecht und dem - die Bundeskompetenz betreffenden - Strafprozessrecht eröffnete: Denn in dem Moment der Überwachung lag weder eine Straftat noch eine Gefahr vor.¹⁰³ Die vom niedersächsischen Gesetz statuierte - weithin vorbildlose - **Verfolgungsvorsorge** wirft daher ein grundsätzliches Einordnungsproblem dahingehend auf, ob die Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs oder eine objektive Gefahrenabwehr den

⁹⁶ Siehe dazu §§ 100d V Nr. 3, 161 III StPO n.F., ferner *Benfer* a.a.O., NVwZ 1999, 237 (240).

⁹⁷ *Horst Dreier*, in: *ders.* Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 1 I Rn. 53.

⁹⁸ Vgl. *Frank Braun*, Der so genannte "Lauschangriff" im präventivpolizeilichen Bereich - Die Neuregelung in Art. 13 IV-VI GG, NVwZ 2000, 375 (380).

⁹⁹ Vgl. *BVerfGE* 109, 279 - Großer Lauschangriff; s.a. *SächsVerfGH*, NVwZ 2005, 310.

¹⁰⁰ So Art. 34 I 1 Nr. 2 bayPAG; § 33 III 1 Nr. 2 u. S.5 bbgPolG; § 35 II Nr. 2 ndsSOG; § 29 I rpfPOG; § 35 I Nr. 2 ThürPAG.

¹⁰¹ *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Michael Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 2007, § 14, Rn. 125.

¹⁰² *BVerfG*, Urt. v. 27.7.2005 - 1 BvR 668/04 = *BVerfGE* 113, 348 - präventive TKÜ = NJW 2005, 2603.

¹⁰³ *Oliver Lepsius*, Die Grenzen der präventivpolizeilichen Telefonüberwachung, Jura 2006, 929 (931).

Schwerpunkt der Maßnahme bilden. Für einen präventivpolizeilichen Charakter der Maßnahme spricht, dass die Maßnahme keineswegs gewiss, sondern nur im Fall des Falles als Vorbereitung der nachherigen Strafverfolgung dient. Wird die Maßnahme jedoch final unter dem Gesichtspunkt betrachtet, dass sie gerade auf Gewinnung der Grundlagen eines Straftatverdachtens zielt, muss präventive Telekommunikationsüberwachung einen repressiven Charakter erhalten und würde somit in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fallen. In seinem Urteil kommt das Bundesverfassungsgericht zu dem Schluss, dass der Zweck der präventiven Telekommunikationsüberwachung schließlich die Beweisbeschaffung zur Verwendung in künftigen Strafverfahren sei. Die Ungewissheit, ob die Daten der Strafverfolgung dienen können, spiele nur bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit eine Rolle, nicht hingegen bei der kompetenzrechtlichen Zuordnung¹⁰⁴. Das Gesetz scheidet also schon an der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Landes Niedersachsen.

In formeller Hinsicht rügte das Bundesverfassungsgericht die **Nichteinhaltung des Zitiergebots**. In dem Änderungsgesetz war kein Hinweis auf eine Beschränkung der Grundrechte zu finden. Die strikte Einhaltung von Art. 19 I 2 GG bei wesentlich erweiterten Eingriffsgrundlagen wurde vom Bundesverfassungsgericht angemahnt. Angesichts der bis dahin unklaren Verfassungsrechtslage und der uneinheitlichen Verfassungspraxis hätte die formelle Verfassungswidrigkeit allerdings nicht allein zur Nichtigkeit des Gesetzes geführt.¹⁰⁵

Auch in **materieller Sicht** erwiesen sich § 33a I Nr. 2 u. 3 SOG als verfassungswidrig. Es musste festgestellt werden, inwieweit das Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 10 I GG) beschränkt, wie und ob dies verfassungskonform sei. Die weiteren Konfliktlagen im Hinblick auf Artt. 2 I i.V.m. 1 I GG und Art 5 I GG traten hinter das speziellere Post- und Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 I GG zurück. Da durch die Menge an erfassbaren Daten eine besondere Intensität des Eingriffs besteht¹⁰⁶, ist die Rechtfertigungshürde sehr hoch. In der Verhältnismäßigkeit muss also zwischen pauschalen, unbestimmten Sicherheitsinteressen und dem individuellen, konkreten Grundrechtseingriff abgewogen werden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass auch Art. 10 I GG i.V.m. Art. 1 GG einen absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung kennt¹⁰⁷.

Die **Verhältnismäßigkeit** der fraglichen Maßnahmen hat das Bundesverfassungsgericht eindeutig abgelehnt, da es keine ausreichende, der Sicherheit dienende Rechtfertigung aufzeigt für die vielen grundrechtlich relevant erhobenen Daten, die personelle Streubreite, das Ausnutzen der Ahnungslosigkeit von unbeteiligten Dritten und die ermöglichte Verwendungsbreite der Daten.¹⁰⁸

Zur Verfassungswidrigkeit der Maßnahme trägt auch bei, dass aus der Sicht des einzelnen Bürgers die Voraussetzungen für eine präventive Telekommunikationsüberwachung nicht ausreichend definiert sind. So kann der Einzelne nicht erkennen, bei welchem Verhalten welches Überwachungsrisiko droht. Dieses Problem der **Unbestimmtheit** besteht auch für die Eingriffsverwaltung und das entscheidende Gericht. Eine verfassungskonforme Ausgestaltung müsste klare und einheitliche Maßstäbe nach Inhalt, Zweck und Ausmaß für alle Beteiligten festlegen.¹⁰⁹ Andernfalls würde den Polizeibehörden so viel Spielraum eingeräumt, dass sie schließlich in der Lage wären, eigenständig über die Freiheiten der Bürger zu entscheiden.

Das Bundesverfassungsgericht schränkt mit diesem Urteil erheblich die Möglichkeit der Staatsorgane ein, auf Grund von präventiven und weithin unbestimmten Sicherheitsinteressen die konkreten Rechte und Freiheiten der Bürger zu beschränken. Als Bedingung für eklatante Grundrechtseingriffe, wie die präventive Telekommunikationsüberwachung, werden eine Konkretisierung sowohl der betroffenen Personen als auch der speziellen Tatsachenvoraussetzungen und ihre Prognostizierbarkeit erwartet. Das Urteil wirkt damit über seinen Gegenstand, die Vorschriften des NdsSOG, weit hinaus.

¹⁰⁴ Vgl. BVerfGE 113, 348 (371).

¹⁰⁵ Vgl. BVerfGE 113, 348 (366 f).

¹⁰⁶ Vgl. BVerfGE 113, 348 (383).

¹⁰⁷ Vgl. BVerfGE 113, 348 (390 ff).

¹⁰⁸ Vgl. BVerfGE 113, 348 (385 f); *Lepsius* a.a.O., Jura 2006, 929 (935).

¹⁰⁹ Vgl. BVerfGE 113, 348 (375 ff).

13. Die präventive Rasterfahndung (Helmut Linck)

Unter dem Begriff der **Rasterfahndung** versteht man den automatisierten Abgleich von personenbezogenen Daten, die von polizeifremden öffentlichen oder privaten Stellen, wie Universitäten, Einwohnermeldeämter und dem Ausländerzentralregister, erhoben wurden mit den vorher festgelegten Suchkriterien wie Geschlecht, Alter, Beruf, Religion und Herkunft.¹¹⁰ Zu unterscheiden ist einerseits zwischen der *repressiven Rasterfahndung* nach §§ 98a, 98b StPO und der *präventiven Rasterfahndung* nach den Landespolizeigesetzen und andererseits zwischen der *positiven Rasterfahndung* zur Ermittlung jener Personen, die möglichst viele der kriminalistisch relevanten Merkmale auf sich vereinigen, und der *negativen Rasterfahndung* zur Identifikation jener Personen, bei denen bestimmte Merkmale nicht vorliegen¹¹¹, wobei die gewonnenen Daten jeweils in einer Verbunddatei abgelegt werden.

Das lange geradezu in Vergessenheit geratene Instrument hat nach den Anschlägen vom 11. September 2001 vor allem in der Gefahrenabwehr bei der Aufgabe neue Bedeutung erlangt, sog. "Schläfer" zu identifizieren, die im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland lebten und gegebenenfalls weitere Anschläge planten. Rasch nach der hierzu erfolgten präventiven Rasterfahndung wurde diese und ihre gesetzliche Grundlage durch einen betroffenen marokkanischen Staatsbürger vor das **Bundesverfassungsgericht** gebracht.¹¹² Das Raster war auf Studenten oder ehemalige Studenten mit islamischer Religionszugehörigkeit im Alter von 18 bis 40 Jahren aus einem Land mit überwiegend islamischer Bevölkerung ausgerichtet. Die Verfassungsbeschwerde stützte sich auf den Umstand, dass in diesem Fall keine konkrete gegenwärtige Gefahr vorhanden gewesen sei, die den Einsatz der Maßnahme hätte rechtfertigen können. Das Gericht gab der Verfassungsbeschwerde aufgrund des konkreten Sachverhalts statt, ohne die Maßnahme der Rasterfahndung generell zu verwerfen. Ihr zukünftiger Gebrauch wurde jedoch an hohe Voraussetzungen geknüpft.

Exemplarisch erlaubt § 31 I NWPolG dem Staat, Daten von öffentlichen und privaten Stellen einzufordern und abzuspeichern. § 31 II NWPolG zählt die Daten auf, die erhoben werden dürfen: Name, Anschrift, Tag und Ort der Geburt sowie im Einzelfall benötigte Daten. § 31 III NWPolG ordnet die Vernichtung der Akten sowie die Löschung der Datenträger an, sobald der Zweck der Maßnahme erfolgreich oder die Erreichung des Zweckes nicht mehr möglich ist. Gemäß § 31 IV NWPolG darf die Maßnahme nur durch einen Behördenleiter beantragt und durch einen Richter bewilligt werden. Nach § 31 V NWPolG besteht eine Informationspflicht gegenüber sowohl jenen Betroffenen, die mit nachfolgenden Ermittlungen rechnen müssen, als auch jenen, die nicht den Bedingungen des Rasters entsprechen. Jeweils vorauszusetzen ist insoweit, dass eine Gefährdung der Ermittlungen ausgeschlossen werden kann.

Durch die Rasterfahndung ist in erster Linie das Grundrecht auf **informationelle Selbstbestimmung** betroffen, das seinen Ursprung im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht hat (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG). Zwar werden bei der einfachen Rasterfahndung nur wenige personenbezogene Daten gesammelt und übermittelt, die - jedenfalls allein - noch kein umfassendes Persönlichkeitsbild des Gerasterten ergeben. Gleichwohl kann die Rasterfahndung je nach Auswahl und Bekanntgabe des Rasters eine nicht unerhebliche stigmatisierende Wirkung hinsichtlich der rastergegenständlichen Kriterien entfalten. Außerdem stellt die Rasterfahndung im Hinblick auf einerseits ihre Verdachts- und Anlasslosigkeit, andererseits ihre Heimlichkeit eine erhebliche Grundrechtsbeeinträchtigung dar. Der Betroffene, der von dem Eingriff nichts erfährt, kann sich gegen diesen nicht wehren. Dies ist auch im Hinblick auf die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG problematisch.

Das Bundesverfassungsgericht differenziert zwischen verfassungsmäßigen und verfassungswidrigen Maßnahmen der Rasterfahndung anhand der Schwelle der hinreichend **konkreten Gefahr** für ein hinreichend wichtiges Rechtsgut. Bei der im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlichen Abwägung zwischen einerseits der Pflicht des Staates zum Schutz hochwertiger Kollektiv-

¹¹⁰ Näher *Christoph S. Schewe*, Das Ende der präventiven Rasterfahndung, NJW 2007, 174.

¹¹¹ *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Michael Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 2007, § 15 Rn. 50.

¹¹² *BVerfG*, Beschl. v. 4.4.2006 - 1 BvR 518/02 = BVerfGE 115, 320 - präventive Rasterfahndung = NJW 2006, 1939.

und Individualrechtsgüter und andererseits den Interessen des Einzelnen an der Wahrung seiner Rechte können letztere umso mehr zurücktreten müssen, je bedeutender die Gefahr ist und je näher sie liegt.¹¹³ Fehlt eine hinreichend konkrete Gefahr oder ein hinreichend gewichtiges Rechtsgut, ist die Maßnahme mangels Wahrung der Verhältnismäßigkeitsanforderungen verfassungswidrig. Solche Rechtsgüter von hinreichendem Gewicht sind die Abwehr einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person.¹¹⁴ Die Annahme einer diesen Rechtsgüter drohenden konkreten Gefahr darf aber nicht auf bloße Erfahrungssätze gestützt, sondern muss mit konkreten Tatsachen begründet werden. Eine allgemeine Bedrohungslage, wie sie seit dem 11. September 2001 nahezu dauerhaft behauptet wird, oder außenpolitische Spannungslagen genügen dafür nicht.¹¹⁵ Deshalb gab das Bundesverfassungsgericht der Verfassungsbeschwerde statt.

14. Online-Durchsuchung (Elena Valle Reyna)

In den letzten Jahren hat sich die Telekommunikations- und Computertechnik sehr stark weiterentwickelt. Dies gewinnt auch häufig im Zusammenhang mit Straftaten Bedeutung. Verbrecher benutzen nicht nur Computer zur Kommunikation, sondern auch zur Speicherung von Daten, welche als Beweismittel Bedeutung erlangen können. Deshalb kommt der Durchsuchung von Computern eine zunehmende Bedeutung zu. Dabei versteht man unter der **Online-Durchsuchung** das heimliche Einschleusen einer Überwachungssoftware auf einen Rechner, von dem die Daten an die Polizeibehörden übertragen werden.

Vor kurzem gab es in diesem Zusammenhang zwei Urteile in Bezug auf die Online-Durchsuchung.

Der erste Beschluss wurde am 31. Januar 2007 von dem **Bundesgerichtshof** für eine strafprozessuale Online-Durchsuchung gefällt.¹¹⁶ Ein Staatsanwalt wollte eine Online-Durchsuchung durchführen und beantragte diese bei dem Ermittlungsrichter beim Bundesgerichtshof. Er glaubte, dass die allgemeinen Durchsuchungsvorschriften (§§ 102 ff StPO) hierfür eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage sein würden. Aber der Ermittlungsrichter lehnte den Antrag ab, weil es keine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine heimliche Online-Durchsuchung gebe. Denn § 106 I StPO erlaubt nur eine offene Durchsuchung von Gegenständen, so dass es einer Gesetzesänderung für heimliche Online-Durchsuchungen bedürfte. Der Staatsanwalt beschwerte sich, so dass der Fall vom Senat überprüft wurde. Dieser stimmte mit dem Ermittlungsrichter überein, dass derzeit eine Rechtsgrundlage für solch eine Überwachung von Computern fehlt.

Das zweite Urteil wurde am 27. Februar 2008 vom **Bundesverfassungsgericht** gefällt.¹¹⁷ In dem Bundesland Nordrhein-Westfalen wurde ein Gesetz erlassen, das dem Landesverfassungsschutz die Online Durchsuchung erlaubte (§ 5 II Nr. 11 NWVerfSchG). Das Bundesverfassungsgericht erklärte die entsprechenden Regelungen für verfassungswidrig. Das Gesetz greift in das *Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme* ein, welches eine besondere Ausprägung des *Allgemeinen Persönlichkeitsrechts* aus Artt. 2 I i.V.m. 1 I GG zum Schutz der Privatsphäre darstellt. Eingriffe in dieses (neue) Grundrecht bedürfen einer konkreten Rechtfertigung, d.h. das NWVerfSchG müsste zur Gewährleistung verhältnismäßiger Grundrechtseinschränkungen nähere Bestimmungen enthalten: Die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems ist nur zulässig bei tatsächlichen Anhaltspunkten einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut. Ferner muss die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems grundsätzlich richterlich angeordnet sein und auf der Grundlage eines Gesetzes

¹¹³ Vgl. *BVerfG*, NJW 2006, 1939 (1941 f).

¹¹⁴ *BVerfG*, NJW 2006, 1939 (1942).

¹¹⁵ Vgl. *BVerfG*, NJW 2006, 1939 (1948 f).

¹¹⁶ *BGH*, Beschl. v. 31.1.2007 - StB 18/06 = NJW 2007, 930.

¹¹⁷ *BVerfG*, Urt. v. 27.2.2008 - 1 BvR 370/07 u. 595/07 - Online-Durchsuchung = NJW 2008, 822.

erfolgen, welches den Schutz des Kernbereiches der privaten Lebensgestaltung gewährleistet. Sofern die neu zu schaffende gesetzliche Regelung sich auf eine staatliche Maßnahme beschränkt, durch welche allein die Inhalte und Umstände der laufenden Telekommunikation im Rechnernetz erhoben oder darauf bezogene Daten ausgewertet werden, ist der Eingriff statt dessen an Art. 10 I GG (Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis) zu messen. Allerdings liegt kein rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff vor, wenn der Staat nur im Internet öffentlich zugängliche Inhalte aus Kommunikationsvorgängen überwacht.

15. Die Vorratsdatenspeicherung - Eine europäische Kompetenzverirrung? (Johannes Schmieden)

Das Gesetz zur Vorratsdatenspeicherung in Deutschland geht auf die EU-Richtlinie 2006/24/EG aus dem Jahr 2006 zurück. Diese regelt die "Vorratsdatenspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden". Anlass hierfür waren Bedenken der EU-Kommission hinsichtlich unterschiedlicher Richtlinien im Bereich der Telekommunikation und der daraus resultierenden Hindernisse für den Telekommunikations-Binnenmarkt innerhalb der Europäischen Union. Folglich handelt es sich um eine Maßnahme zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften zwischen den Mitgliedsstaaten nach Art. 95 EGV.

Die Bundesregierung reagierte auf diese Richtlinie mit dem "Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung ..." vom 21. Dezember 2007, das in § 113a (Speicherungspflicht für Daten) sowie § 113b (Verwendung der nach § 113a gespeicherten Daten) des Telekommunikationsgesetzes (TKG) die nationale Umsetzung der Vorratsdatenspeicherung enthält. Der erste Paragraph regelt, wer welche Daten für welchen Zeitraum zu speichern hat, im zweiten Paragraphen wird die Zugänglichkeit dieser Daten für die Behörden festgestellt. Auf die neue Gesetzeslage nimmt vor allem der - ebenfalls neu eingeführte - § 100g StPO Bezug, der für die Strafverfolgungsbehörden das Zugriffsrecht auf die nach § 113a TKG erhobenen Daten sicherstellt. Nach der neuen Gesetzeslage sollen Telekommunikationsanbieter verpflichtet werden, alle Verkehrsdaten ihrer Kunden, Standortdaten sowie eindeutige Geräteidentifikationen für mindestens sechs Monate zu speichern, damit Polizei und Nachrichtendienste darauf zugreifen können.

Hieraus ergibt sich ein **Konflikt mit dem Grundgesetz**, da durch die Datenerhebung wichtige Grundrechte tangiert werden. Zunächst ist zu fragen, inwieweit diese Neuregelungen mit dem Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG) vereinbar sind. Des Weiteren bleibt zu klären, inwiefern die ohne konkreten Verdacht erfolgende Vorratsdatenspeicherung von personenbezogenen Daten im Hinblick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (als Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Artt. 2 I i.V.m. 1 I GG) zu rechtfertigen ist. Ferner stellt sich die Frage der Bestimmtheit der Gesetzesänderungen, auch im Hinblick auf die Verwendung der Daten (sog. Zweckbindung). Nicht zuletzt kann man zweifeln, ob die tatsächliche Zahl der erhobenen Daten (2005 wurden 40.000 Verkehrsdatenabrufe gemeldet) die Verkehrsdatenerfassung auf Vorrat von nahezu jedem Bundesbürger rechtfertigt, nämlich verhältnismäßig ist. Dabei scheint es im Hinblick auf den Grundsatz der Datenvermeidung und der Sparsamkeit zumindest fragwürdig, ob die Breite der zu erfassenden Daten (näher aufgelistet in § 113a TKG) angesichts der enormen Masse der zu protokollierenden Verbindungen angemessen und sinnvoll ist. Außerdem ist offen, inwieweit es unter Berücksichtigung der Grundrechte der Diensteanbieter (Artt. 12, 14 GG) vertretbar ist, diesen die Verantwortung und die Kosten für die Speicherung der Daten zu übertragen.

Zu all diesen Fragen hat sich das **Bundesverfassungsgericht** noch nicht abschließend geäußert. Bisher wurde lediglich eine Verfassungsbeschwerde an das Gericht gerichtet, um eine einstweilige Anordnung zur Aussetzung des Gesetzes zu erreichen. Hierbei berufen sich die Beschwerdeführer auf Grundrechtsverletzungen durch das neue Telekommunikationsgesetz. Das Bundesverfassungs-

gericht hat dem Antrag auf eine **einstweilige Anordnung** nur teilweise stattgegeben.¹¹⁸ Eine Aussetzung der durch § 113a TKG angeordneten Vorratsspeicherung von Telekommunikations-Verkehrsdaten lehnte es ab. Jedoch ist vorläufig die Nutzung dieser Daten auf bestimmte Anlässe der Strafverfolgung zu beschränken, nämlich auf die Verfolgung schwerer Straftaten im Sinne des § 100a II StPO, ferner ist auf die strenge Subsidiarität der Maßnahme zu achten.

In seiner Entscheidung verweist das Bundesverfassungsgericht zudem ausdrücklich auf eine **Klage vor dem Europäischen Gerichtshof** vom 6. Juli 2008, in der die Republik Irland geltend macht, die fragliche Richtlinie sei kompetenzwidrig zustande gekommen, weil sie nichts mit dem Europäischen Binnenmarkt zu tun habe, sondern vielmehr Belange der Strafverfolgung betrachte und damit als Rahmenbeschluss auf Art. 34 EUV hätte gestützt werden müssen. Hiernach wäre Einstimmigkeit unter den Mitgliedsstaaten anstelle einer Mehrheitsentscheidung erforderlich gewesen. Die Chancen dieser Klage werden allgemein als gut eingeschätzt.¹¹⁹ Dies könnte zum Kippen der Richtlinie und damit zu dem Wegfall der Rechtsgrundlage für das deutsche Telekommunikations-Änderungsgesetz führen, was dem Bundesverfassungsgericht erst eine umfassende Prüfung des Gesetzes ohne Rücksicht auf europarechtliche Vorgaben ermöglichte. Insoweit stellte das Bundesverfassungsgericht heraus, dass die Bedenken gegen die Verfassungskonformität der Vorratsdatenspeicherungsregelungen nicht gänzlich unbegründet seien.

16. Der Fall Cicero und die Spiegel-Affäre (Pierre Trippel)

Im modernen Staatswesen kann die Bestrebung, die staatliche Sicherheit durch Geheimnisschutzvorschriften aufrechtzuerhalten, die persönliche Freiheit gefährden. Zu den verfassungsrechtlich geschützten Voraussetzungen der Freiheit gehört die **freie Presse** als wesentlicher Bestandteil und Prämisse des Demokratieprinzips. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinen beiden Entscheidungen zum Fall Cicero und zur Spiegel-Affäre wesentliche Leitlinien zum Schutz der von staatlichen Sicherheitsbedenken potentiell beeinträchtigten Pressefreiheit bestimmt.

Im **Fall Cicero** wurden die staatlichen Strafverfolgungsinteressen mit der Freiheit der Presse abgewogen. In der April-2005-Ausgabe des Magazins Cicero wurde ein Artikel¹²⁰ publiziert, in dem der Journalist *Schirra* den islamistischen Top-Terroristen *Abu Mousab al Zarqawi* portraitierte und hierbei in Bezug auf dessen Lebenslauf und Aufenthaltsort aus einem vertraulichen Dossier des Bundeskriminalamts zitierte. Das Bundeskriminalamt leitete daraufhin auf Anordnung des Bundesinnenministeriums eine Ermittlung wegen des Verdachts auf Beihilfe zur Verletzung von Dienstgeheimnissen nach § 353b I StGB ein. Die Staatsanwaltschaft durchsuchte sowohl die Redaktionsräume des Verlags als auch die Wohnung des Journalisten nach §§ 102, 103 I 1 StPO, wobei eine Festplatte beschlagnahmt wurde, von der man erhoffte, Auskunft über die Herkunft des vertraulichen Dokuments zu erhalten. Primäres Ziel der Ermittlungen war nicht die Bestrafung des Journalisten, sondern das Auffinden der Kopie des fraglichen Dossiers, um anhand von dieser auf den Informanten des Journalisten rückschließen zu können.

Dies zeigt, dass eine effektive Strafverfolgung die Pressefreiheit aus Art. 5 I 2 GG erheblich einzuschränken vermag. Wenn Journalisten einerseits befürchten müssen sich bei der Publizierung von recherchierten Informationen strafbar zu machen und andererseits das für die Pressefreiheit essentielle Vertrauensverhältnis zwischen dem Journalisten und seinem Informanten gestört wird, greift der Staat stark in das Grundrecht auf Pressefreiheit ein. Gegen die Durchsuchung der Redaktionsräume des Magazins Cicero reichte sein Chefredakteur Verfassungsbeschwerde beim **Bundesver-**

¹¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 11.3.2008 - 1 BvR 256/08 = NStZ 2008, 290 - Vorratsdatenspeicherung.

¹¹⁹ Dazu etwa *Sabine Leutheusser-Schnarrenberger*, Vorratsdatenspeicherung - Ein vorprogrammierter Verfassungskonflikt, ZRP 2007, 9 (11 ff). Zwischenzeitlich hat der *EuGH* (NJW 2009, 1801) allerdings die kompetenzielle Rechtmäßigkeit der Richtlinie festgestellt.

¹²⁰ *Bruno Schirra*, Der gefährlichste Mann der Welt, Cicero 4/2005, 24.

fassungsgericht ein. Dieses stellte fest¹²¹, dass Durchsuchungen und Beschlagnahmungen in einem Ermittlungsverfahren gegen Presseangehörige unzulässig sind, wenn sie ausschließlich dem Zweck dienen, die Identität eines Informanten zu ermitteln. Die Veröffentlichung eines Dienstgeheimnisses nach § 353b StGB genügt in Abwägung mit Art 5 I 2 GG nicht, um auf Grund einer strafprozessualen Ermächtigung eine - die Pressefreiheit einschränkende - Durchsuchung und Beschlagnahmung durchzuführen. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts betont die Freiheit der Medien und stärkt somit deren Stellung. Des Weiteren erhöht das Bundesverfassungsgericht die Anforderungen an die Schranken der Pressefreiheit. Zur Begründung heißt es, dass die Presse in einem demokratischen Staat eine unverzichtbare (vierte) Gewalt darstelle.

Mit dieser Entscheidung geht das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der Pressefreiheit über seine vorherige Rechtsprechung zur **Spiegel-Affäre** aus dem Jahre 1962 hinaus. Damals erschien in der Spiegel-Ausgabe 41/1962 vom 10. Oktober ein Artikel¹²² des Journalisten *Ahlers*, in dem dieser das Verteidigungskonzept der Bundeswehr unter Bundesverteidigungsminister *Strauß* kritisierte. Demnach sei die konventionelle Verteidigung der Bundesrepublik gegen einen potentiellen Nuklearangriff der Warschauer Paktstaaten in Anbetracht der Ergebnisse des NATO-Übungsmanövers Fallex 62 nur mit Hilfe von westlichen Atomraketen möglich. Wegen des Verdachts des Landesverrats nach § 94 I StGB wurde gegen den Verleger *Augstein* und den Redakteur *Ahlers* ein Ermittlungsverfahren eingeleitet. Im Zuge der Ermittlungen wurden die Redaktionsräume des Spiegelverlags in Hamburg und Bonn durchsucht und Beweismittel sichergestellt. Der Spiegel-Verlag erhob daraufhin Verfassungsbeschwerde gegen die Anordnung der Durchsuchung und Beschlagnahme.

Das **Bundesverfassungsgericht** wies die Beschwerde bei Stimmengleichheit zurück (vgl. § 15 IV 3 BVerfGG).¹²³ Nach Auffassung der tragenden Meinung muss die Bevölkerung zwar über wichtige Vorgänge in der Verteidigungspolitik informiert werden, jedoch sei die Sicherheit des Staates und der Verdacht des Landesverrats bei der Schrankenziehung stärker zu gewichten. Somit stelle die Einschränkung der Pressefreiheit aufgrund einer Durchsuchung von Redaktionsräumen ein noch angemessenes Mittel dar. Nichtsdestotrotz gilt das Urteil als Meilenstein für den Schutz der Pressefreiheit. Das Bundesverfassungsgericht konstatierte in seiner Entscheidung des Weiteren, dass eine freie, von keiner öffentlichen Gewalt und Zensur beeinflusste Presse für einen demokratischen Willensbildungsprozess von essentieller Bedeutung ist. In einer repräsentativen Demokratie artikuliere die Presse die öffentliche Meinung und stelle ein Verbindungs- und Kontrollorgan zwischen dem Volk und den gewählten Vertreter in Parlament und Regierung dar.

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Fall Cicero und zu der Spiegel-Affäre zeigen deutlich auf, dass die Anforderungen an die tragenden Gründe für einen Eingriff in das Grundrecht der Pressefreiheit nach Artikel 5 I 2 GG erhöht wurden und der Staat aufgefordert ist, die besondere Bewahrungspflicht der Pressefreiheit effektiv zu gewährleisten.

¹²¹ BVerfG, Urt. v. 27.2.2007 - 1 BvR 538/06 = BVerfGE 117, 244 - CICERO = NJW 2007, 1117.

¹²² *Conrad Ahlers*, Bedingt abwehrbereit, Der Spiegel 41/1962.

¹²³ BVerfG, Urt. v. 5.8.1966 - 1 BvR 586/62, 610/63, 412/64 = BVerfGE 20, 162 - SPIEGEL = NJW 1966, 1603.