

**Freiheit versus Sicherheit -  
Die schwierige Balance zwischen Freiheit und Sicherheit in Zeiten  
des Terrorismus**

Vortrag anlässlich der gemeinsamen Abendveranstaltung des Rheinischen Merkur  
und der Katholischen Akademie Berlin

am 10.12.2007 in Berlin

von Professor Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier  
Präsident des Bundesverfassungsgerichts

"Homo homini lupus" - "der Mensch ist des Menschen Wolf": mit diesen Worten beschreibt Thomas Hobbes den natürlichen Urzustand des menschlichen Zusammenlebens in seinem im Jahr 1646 erschienenen Werk "Vom Bürger". Aus seiner Sicht ist der natürliche Ausgangspunkt des Menschen geprägt von beständiger Furcht und Gefahr eines gewalt-samen Todes. Erst dadurch, dass sich die Menschen dem "Leviathan" - einem absoluten Souverän -, dessen Gewaltmonopol und dessen Regeln unterwerfen, wird ihnen nach Hobbes' Auffassung die permanente Sorge ums Überleben abgenommen, erst durch den Staat wird es dem Menschen möglich, nicht nur permanent ums Überleben kämpfen zu müssen, sondern auch an die eigene Zukunft zu denken.

Zwar wurde dieses Legitimationsprinzip seit der Aufklärung aus seinem ursprünglichen Bezugsfeld gelöst. Es wurden - ausgehend etwa von John Locke - zusätzliche Sicherheitsbedürfnisse hinsichtlich der Menschenrechte gegenüber dem Staat selbst anerkannt und in einem weiteren - wesentlich später getätigten - Schritt die soziale Absicherung der

Menschen und der Schutz ihrer natürlichen Lebensgrundlagen in den Blick genommen. Diese Sicherheitszwecke des Staates lösten sich dabei aber keineswegs untereinander ab, sondern bauten vielmehr aufeinander auf. Die sozialen und umweltspezifischen Sicherheitszwecke können die elementarsten rechtsstaatlichen Sicherheitszwecke nicht ersetzen, sie können sie nur bereichern und ergänzen.

Sicher ist jedenfalls, dass der Staat der Neuzeit seit je und wesentlich seine Rechtfertigung in der Gewährleistung von Sicherheit und zunehmend dann auch von Freiheit gefunden hat. Wie die Sicherheitsbedürfnisse hat sich auch die Freiheitsvorstellung weiterentwickelt. Die Entwicklung der neuzeitlichen Vorstellung von der Freiheit des einzelnen Menschen (Freiheit von Todesangst, Freiheit von staatlicher Willkür etc.) ist dabei von der Entwicklung der Sicherheitsinteressen der Bevölkerung nicht zu trennen. Beide Begriffe lassen sich nur bezogen aufeinander nachvollziehen. Das gilt nicht nur für ihre historische Entwicklung, sondern auch für ihr gegenwärtiges Verhältnis zueinander.

Allerdings wird zwischenzeitlich - anlässlich der neueren seit dem 11. September 2001 anzutreffenden gesetzgeberischen Aktivitäten - bei der Terrorismusbekämpfung auch die Frage gestellt, ob der "Leviathan" zurückkehren wird oder bereits zurückgekehrt ist<sup>1</sup> - ob also die bürgerliche Freiheit vor dem Staat selbst ins Hintertreffen zu geraten droht. Die Geschichte zeigt, dass gewonnene Standards jederzeit wieder verloren gehen können und dass gerade die Sicherung des Überlebens und die Möglichkeit einer selbstbestimmten Lebensführung ebenso wenig selbstverständlich sind wie die Erhaltung grundrechtlicher Standards der Menschen gegenüber dem Staat.

---

<sup>1</sup> bspw. Beestermöller, Herder Korrespondenz 2007, S. 335

Lassen Sie mich nachfolgend zunächst einige aktuelle Entwicklungen erwähnen (I.), sodann auf vier neuere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts eingehen (II.) und anschließend daraus drei verfassungsrechtliche Grundstrukturen herleiten (III.).

## I.

### **Aktuelle Entwicklungen**

Das neue Jahrtausend fördert angesichts neuartiger terroristischer Erfahrungen bislang den - nicht wirklich überraschenden - Befund zutage, dass trotz des zwischenzeitlich erreichten, erheblichen Niveaus im Bereich der sozialen und umweltbezogenen Sicherheit neue elementare Gefahren für die körperliche Unversehrtheit und gar das Überleben einer Vielzahl von Menschen beschrieben werden. Zusätzlich und verstärkend zu neuen terroristischen Motivationen werden dabei auch Gefahren gesehen, die von der organisierten Kriminalität ausgehen und von neuartigen technischen Instrumenten, derer sich die Täter bedienen können.

Es werden - ebenfalls nicht wirklich überraschend - Gegenmaßnahmen auf der "elementaren" Sicherheitsebene vorgeschlagen, streitig diskutiert und zum Anlass für staatliche Einschränkungen bürgerlicher Freiheitsrechte genommen. Nachfolgend sollen einige Beispiele zur aktuellen Debatte genannt werden, bei der parallele Initiativen einerseits des Bundes vornehmlich im Rahmen seiner Strafrechtskompetenz und andererseits der Länder im Rahmen ihrer (präventiven) Sicherheits-, Polizei- und Verfassungsschutzkompetenz auseinanderzuhalten sind:

- Am 9. November 2007 hat der Bundestag das "Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG" beschlossen. Ein Teil dieses Gesetzes befasst sich mit der sog. Vorratsdatenspeicherung. Einerseits wird im Telekommunikationsgesetz eine sechsmonatige Speicherpflicht der Telekommunikationsunternehmen begründet und dadurch EG-Recht umgesetzt. Andererseits werden damit korrespondierende Zugriffsmöglichkeiten staatlicher Behörden geschaffen. Insoweit wurden Verfassungsbeschwerden angekündigt.

- Das nordrhein-westfälische Verfassungsschutzgesetz ermächtigt den Verfassungsschutz u.a. zu einer sog. "Online-Durchsuchung". Neben einer Überprüfung der Internet-Kommunikation (z.B. E-Mails, Chats, Webseiten) wird - jedenfalls nach dem Gesetzeswortlaut - auch der heimliche Zugriff auf informationstechnische Systeme ermöglicht. Zulässig sein soll sowohl ein Lesezugriff auf gespeicherte Daten als auch die Installation von Programmen, die die Behörde über Änderungen des Datenbestands informieren. Diese Befugnis ist derzeit Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht.

- Die Bundesregierung erwägt, ähnliche Online-Durchsuchungen - u.a. durch das Bundeskriminalamt - auch im Bereich des Bundesrechts zu ermöglichen. Das Projekt wurde dem Parlament allerdings noch nicht in Gestalt eines Gesetzentwurfs förmlich zugeleitet.

- Die Polizeigesetze mehrerer Bundesländer ermächtigen zur automatischen Erfassung einer Vielzahl von Kfz-Kennzeichen im Straßenverkehr zum Zweck eines automatischen elektronischen Abgleichs mit dem Fahndungsbestand. Diejenigen Kfz-Kennzeichen, die in der Fahndungs-

datei nicht genannt sind, werden unverzüglich gelöscht. Gegen die entsprechenden hessischen und schleswig-holsteinischen Regelungen sind derzeit Verfassungsbeschwerden zum Bundesverfassungsgericht anhängig.

Ich bitte um Verständnis, dass ich mich zu den beim Bundesverfassungsgericht bereits oder möglicherweise demnächst anhängigen Verfahren und zu Regelungen, über die der Gesetzgeber noch nicht abschließend entschieden hat, nicht im Vorgriff äußern möchte.

## **II. Neuere Entscheidungen des BVerfG**

Anstelle einer solchen - ohnehin rein spekulativen - Vorwegnahme der zukünftigen verfassungsgerichtlichen Bewertung dieser aktuellen Ereignisse möchte ich aber nachfolgend (in chronologischer Reihenfolge) von vier Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts berichten, die sich mit dem Verhältnis von Sicherheit und Freiheit befassen: zunächst die unter dem Themenstichwort "Großer Lauschangriff" bekannte Entscheidung zur akustischen Wohnraumüberwachung; sodann eine damit korrespondierende Entscheidung zur vorsorglichen Telekommunikationsüberwachung; weiter die Entscheidung zum Flugzeugabschuss nach dem Luftsicherheitsgesetz und schließlich die Entscheidung zur Rasterfahndung. Es geht mir dabei jeweils um eine Betrachtung der verfassungsrechtlichen Balance zwischen Sicherheit und Freiheit, nicht aber um eine vollständige Wiedergabe der Details.

## Wohnraumüberwachung<sup>2</sup>

Die unter dem Themenstichwort "Großer Lauschangriff" bekannt gewordene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2004 befasst sich mit der Unverletzlichkeit der Wohnung, die durch Art. 13 Abs. 1 GG garantiert wird. Im Jahr 1998 änderten Bundestag und Bundesrat diese wichtige Verfassungsnorm. Es wurden dem einfachen Gesetzgeber Einschränkungsmöglichkeiten im Hinblick auf akustische Überwachungsmaßnahmen auch zu Zwecken der Strafverfolgung zugestanden. Von dieser Ermächtigung hat der Bund durch Ergänzung der Strafprozessordnung Gebrauch gemacht.

Gegenstand der vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Verfassungsbeschwerden war dabei zum einen die damalige (zwischenzeitlich geänderte) strafprozessrechtliche Bundesregelung, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll. Darüber hinaus wurde bemerkenswerter Weise aber auch die Verfassungsänderung selbst angegriffen - begründet wurde dies mit einem Verstoß gegen die Kernbereiche der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und der Rechtsstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 1 GG), die nach der Verfassung (Art. 79 Abs. 3 GG) sogar dem Zugriff einer verfassungsändernden parlamentarischen Mehrheit entzogen sind. Menschenwürde und Rechtsstaatlichkeit sind dem Grundgesetz so wichtig, dass sogar verfassungswidriges Verfassungsrecht möglich wäre.

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts verletzt die Ergänzung des Art. 13 Abs. 3 GG diesen Kernbereich im Ergebnis zwar nicht - allerdings gebieten Menschenwürde und Rechtsstaatlichkeit eine restriktive Auslegung dieser verfassungsrechtlichen Ermächtigungsnorm, was für den einfachen Gesetzgeber zu strengen Vorgaben führt, die auch bei zukünftigen Gesetzesänderungen zu beachten sind. Einerseits anerkennt

---

<sup>2</sup> BVerfG, Urt. v. 03.03.2004, Az. 1 BvR 2378/98, 1084/99, BVerfGE 109, 279

das Bundesverfassungsgericht die unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung und Verbrechungskämpfung. Es betont, dass die wirksame Aufklärung gerader schwerer Straftaten ein wesentlicher Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens ist.

Gleichwohl wird aber auch festgestellt, dass der Menschenwürdegehalt des Art. 13 Abs. 1 GG zu einem absoluten (also auch nicht mit höchst-rangigen Ermittlungsinteressen abwägbaren) Überwachungs- und Erhebungsverbot im Bereich des sog. "Kernbereichs privater Lebensgestaltung" führt. Dieser Kernbereich hängt zunächst vom Inhalt der Gespräche ab. Weil aber die Privatwohnung (im Gegensatz zu Betriebs- und Geschäftsräumen) regelmäßig der Rückzugsbereich der privaten Lebensgestaltung sein soll, spricht eine Vermutung dafür, dass es bei Gesprächen, die den Bereich der Privatwohnung nicht verlassen, um den Kernbereich geht. Auch kommt es für den Kernbereich auf den Gesprächspartner an. Wenn mit "Personen des höchstpersönlichen Vertrauens" kommuniziert wird, insbesondere engsten Familienangehörigen, wird es regelmäßig um den Kernbereich privater Lebensgestaltung" gehen; aber auch im Gespräch mit seelsorgenden Geistlichen wird der Menschenwürdekern des Art. 13 Abs. 1 GG regelmäßig tangiert sein.

Diese Hürden sind sehr hoch gesteckt. Nur wenn konkrete Anzeichen dafür bestehen, dass es in solchen Situationen um Angaben über Straftaten gehen wird, kommt eine Überwachung in Betracht. Dabei ist allerdings die wichtige weitere Hürde zu beachten, dass in den Kernbereich privater Lebensgestaltung keinesfalls schon deshalb eingegriffen werden darf, um überhaupt erst festzustellen, ob die Informationserhebung diesen Bereich betrifft. Aus diesem Grund ist auch eine lückenlose zeitliche und räumliche Rundumüberwachung ausgeschlossen. Art. 13 Abs. 3 GG

ermächtigt vor diesem Hintergrund nur zu strafprozessualen Gesetzen, die diesen Anforderungen des Kernbereichsschutzes genügen.

Aber auch außerhalb dieses Kernbereichs ist der einfache Gesetzgeber nicht frei. Zwar kommt ihm dort ein Beurteilungsspielraum zu, wie er die Strafverfolgungs- und Verbrechensbekämpfungsziele mit dem Freiheitsinteresse der Grundrechtsbetroffenen austariert. Er hat aber präzise und schlüssig festzulegen, um welche (den mittleren Kriminalitätsbereich überschreitenden) Straftatbestände es bei der akustischen Überwachung gehen soll.

### Vorsorgliche Telekommunikationsüberwachung<sup>3</sup>

Im Jahr 2005 stellte das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit einer polizeirechtlichen Bestimmung des Landes Niedersachsen fest, die es gestattete, aufgrund gerichtlicher Anordnung Telekommunikationsvorgänge u.a. zur "Verhütung von zukünftigen Straftaten" (also präventiv, "im Vorfeld" der eigentlichen Tat und ihrer konkreten Vorbereitung) zu überwachen und aufzuzeichnen. Es konnten u.a. Inhalt, Verbindungsdaten und Standort der Kommunizierenden ermittelt werden. Dabei hätte die auf "Tatsachen" gegründete - nicht näher konkretisierte - Möglichkeit genügt, dass jemand irgendwann in Zukunft "Straftaten von erheblicher Bedeutung" begehen werde.

Die Problematik dieser Landesregelung liegt v.a. darin, dass sie gegenüber dem klassischen Polizeirecht zu einer Vorverlagerung des möglichen Eingriffszeitpunkts führt. Das Polizei- und Sicherheitsrecht ließ traditionell Grundrechtseingriffe nur bei einer konkreten Gefährdungslage zu, also bei konkreten, in der Entwicklung begriffenen Vorgängen, bei deren Planung oder bei zumindest konkreten Vorbereitungshandlungen.

<sup>3</sup> BVerfG, Urt. v. 27.07.2005, Az. 1 BvR 668/04, BVerfGE 113, 348



Demgegenüber wären nach der Landesregelung Eingriffe schon aufgrund der bloßen behördlichen Prognose eines hypothetischen Kausalverlaufs der Straftatenbegehung durch einen ebenfalls hypothetischen Täter oder Täterkreis möglich gewesen.

Das Bundesverfassungsgericht stellte eine Reihe von Verstößen gegen das Grundgesetz fest, u.a. gegen das nach Art. 10 Abs. 1 GG unverletzliche Fernmeldegeheimnis. Auch in diesem Fall würdigt das Bundesverfassungsgericht die legitime Zielsetzung des Gesetzgebers, nämlich u.a. die (präventive) Verhütung von schweren Straftaten. Es stellt ausdrücklich fest, dass die Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person dazu führen, dass der Einzelne Einschränkungen seiner Grundrechte hinzunehmen hat, wenn überwiegende Allgemeininteressen dies rechtfertigen.

Dabei enthält aber auch das Fernmeldegeheimnis einen "Menschenwürdekern", dessen Verletzung nicht im Wege der Abwägung mit anderen Rechtsgütern gerechtfertigt werden kann. Allerdings sind die Bürger zur höchstpersönlichen Kommunikation auf die Telekommunikation nicht in gleicher Weise angewiesen wie auf eine Wohnung. Aus diesem Grund führt das Risiko, dass eine Abhörmaßnahme Kommunikation aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erfasst, nicht per se zur Unzulässigkeit der Abhörmaßnahme an sich. Verfassungsrechtlich hinzunehmen ist dieses Risiko aber allenfalls bei einem besonders hohen Rang des gefährdeten Rechtsguts und einer durch konkrete Anhaltspunkte gekennzeichneten Lage, die auf einen unmittelbaren Bezug zur zukünftigen Begehung der Straftat schließen lässt. Das Bundesverfassungsgericht wendet also den Gedanken des Kernbereichs der Menschenwürde kei-

nesfalls schematisch an, sondern differenziert sorgfältig zwischen den einzelnen Grundrechten.

Vom Gesetzgeber zu verlangen gewesen wären vor diesem Hintergrund jedenfalls Vorschriften, die sicherstellen, dass die Kommunikationsinhalte des höchstpersönlichen Bereichs nicht gespeichert und verwertet, sondern unverzüglich gelöscht werden. Derartige Vorschriften sah das angegriffene Landesgesetz aber nicht vor.

Auch außerhalb dieses Kernbereichs ist der Gesetzgeber aber keineswegs frei, das Fernmeldegeheimnis einzuschränken. Er hat einen angemessenen Ausgleich zwischen Allgemein- und Individualinteressen herzustellen. Diesen Ausgleich hat er so bestimmt zu formulieren, dass die entscheidende Frage der Abgrenzung eines harmlosen von dem "in eine Strafbegehung mündenden" Verhaltens nicht der Exekutive überlassen, sondern vom Gesetz selbst entschieden wird. Dabei steigen die Anforderungen an das Gewicht des vom Staat geschützten Schutzgutes und die Gefährlichkeit der erwarteten Verletzungshandlung proportional mit dem Gewicht des staatlichen Grundrechtseingriffs.

Diesen Anforderungen wurde das Landesgesetz nicht gerecht. Trotz des schwerwiegenden Eingriffs in das Fernmeldegeheimnis (Vielzahl betroffener Personen, umfassende Informationsgewinnung, Ahnungslosigkeit bei vermeintlicher Vertraulichkeit) wurde die entscheidende Grenzziehung zum "in Strafbegehung mündenden" Verhalten letztlich der Polizei, also der Exekutive überlassen.

### Luftsicherheitsgesetz<sup>4</sup>

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2006 zum Luftsicherheitsgesetz befasste sich u.a. mit dem Recht auf Leben und der Menschenwürde. Gegenstand der Verfassungsbeschwerde war das Luftsicherheitsgesetz des Bundes aus dem Jahr 2005. Dieses erlaubte es den Streitkräften, als ultima ratio zur Verhinderung eines "besonders schweren Unglücksfalles" im Sinne von Art. 35 GG Waffengewalt auch gegen Passagierflugzeuge einzusetzen, wenn das Luftfahrzeug "als Tatwaffe" gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll. Die Streitkräfte sollten auf der Grundlage von Art. 35 GG im Rahmen der Gefahrenabwehr zur Unterstützung der Polizeikräfte der Länder tätig werden. Auf eine Verfassungsbeschwerde potenzieller Passagiere hin stellte das Bundesverfassungsgericht die Nichtigkeit dieser Regelung fest. Zunächst dürfen Streitkräfte des Bundes zu Hilfeleistungen gegenüber den Landespolizeibehörden nur eingesetzt werden, wenn sie keine spezifisch militärischen Waffen einsetzen. Schon diese formale Grenze hatte das Luftsicherheitsgesetz überschritten. Unabhängig davon setzte sich das Bundesverfassungsgericht aber auch inhaltlich mit der Regelung auseinander und kam zu einem differenzierenden Ergebnis:

*Erstens* bewertet das Bundesverfassungsgericht die vorsätzliche Tötung entführter unschuldiger Passagiere in auswegloser Lage als einen Verstoß gegen deren Grundrecht auf Leben und gegen die Menschenwürdegarantie.

Dabei wird aber ausdrücklich festgehalten, dass der Staat auch gehalten ist, jedes menschliche Leben zu schützen, sich schützend und fördernd vor das Leben jedes Einzelnen zu stellen und vor rechtswidrigen An- und Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren. Auch diese staatliche Schutzpflicht gegenüber den auf der Erde befindlichen - unschuldigen - Men-

---

<sup>4</sup> BVerfG, Urt. v. 15.02.2006, Az. 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 118

schen macht den Flugzeugabschuss aber nicht legitim, soweit sich im Flugzeug ebenfalls unschuldige Entführungsoffer befinden. Denn auch diesen Opfern schuldet der Staat Schutz ihres Lebens. Bei einem Abschuss verwehrt der Staat diesen Schutz nicht nur, sondern greift vielmehr selbst in das Leben dieser Schutzlosen ein und verletzt so deren Menschenwürde. Dabei lässt sich das Bundesverfassungsgericht nicht auf die quantitative Überlegung ein, ob die Opfer auf der Erde oder im Luftfahrzeug zahlreicher wären, und verwirft auch den Gedanke eines staatlichen Tötungsrechts gegenüber den "ohnehin todgeweihten unschuldigen Passagieren". Verneint wird grundsätzlich auch eine Opferpflicht im "Interesse des Staatsganzen", wobei ausdrücklich in dieser Entscheidung offen gelassen wird, ob ausnahmsweise etwas anderes gilt, wenn nur durch eine Aufopferung des Lebens das rechtlich verfasste Gemeinwesen vor Angriffen bewahrt werden kann, die auf dessen Zusammenbruch und Zerstörung abzielen. Das Bundesverfassungsgericht stellte ausdrücklich klar, dass es bei der Abschussermächtigung des Luftsicherheitsgesetzes nicht um die Abwehr von solchen Angriffen geht, die auf die Beseitigung des Gemeinwesens und die Vernichtung der staatlichen Rechts- und Freiheitsordnung gerichtet sind. Man kann sich fragen, ob man an dieser Aussage des Gerichts schon dadurch vorbeikommt, dass man künftig derartige Abschüsse zu Akten der Landesverteidigung erklärt.

Es kommt eine eher pragmatische Erwägung hinzu: Die "Idee mathematisch sicherer Todesverfallenheit ist ein gedankliches Konstrukt" (Roxin) - in der Realität wird in aller Regel kein sicheres Wissen um das künftige Geschehen bestehen.

In deutlicher Abgrenzung zur gezielten staatlichen Tötung Unschuldiger erklärt das Bundesverfassungsgericht - *zweitens* - den Abschuss von Flugzeugen, in denen sich ausschließlich die Täter befinden, die das Luftfahrzeug als Tatwaffe gegen das Leben von Menschen auf der Erde einsetzen wollen, für verfassungskonform. Wer Rechtsgüter anderer rechtswidrig angreift, werde durch den Abschuss für sein selbstbestimmtes Verhalten zur Verantwortung gezogen und sei deshalb nicht bloßes Objekt staatlichen Handelns. Ihm würden die Folgen seines selbstbestimmten Verhaltens persönlich zugerechnet.

Zusammenfassend ist also festzustellen, dass deutlich zu unterscheiden ist, ob bei einem Flugzeugabschuss nur die Täter oder auch Entführungsoffer sterben würden. Letzterer Fall kann auch vom Gesetzgeber nicht legalisiert werden. Klarzustellen ist dabei, dass das Bundesverfassungsgericht nur über die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Abschussermächtigung entschieden hat, nicht aber über die Strafbarkeit konkreter Amtswalter im Falle eines (verfassungswidrigen) Abschusses mit Todesfolge. Angesichts einer Gewissensnotlage bei der Entscheidung zwischen dem Tod unschuldiger Passagiere einerseits und ebenso unschuldigen möglichen Opfern auf dem Boden andererseits kann sich in einem Strafprozess die Frage stellen, ob ein Strafbedürfnis besteht, ob die persönliche Schuld ausgeschlossen oder ob die Strafe zu mildern ist. Diese heikle und losgelöst vom Einzelfall nicht zu lösende Problematik einer übergesetzlichen Entschuldigung oder eines individuellen Strafmilderungsgrundes konnte ersichtlich nicht Gegenstand der an das Bundesverfassungsgericht herangetragenen Verfassungsbeschwerden sein. Sie kann aber auch nicht durch eine allgemeine gesetzliche Regelung gelöst werden.

## Rasterfahndung<sup>5</sup>

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Rasterfahndung aus dem Jahr 2006 befasst sich vornehmlich mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das seit dem Volkszählungsurteil des Jahres 1983<sup>6</sup> aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Menschenwürde abgeleitet wird. Es ging um eine Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen aufgrund Landesrechts.

Vorweg zum Begriff: Bei der "Rasterfahndung" erstellt die Polizei zunächst einen abstrakten Katalog von Datenkategorien (bspw. Geschlecht, Alter, Religionszugehörigkeit etc.). Sodann lässt sie sich aus öffentlichen oder privaten elektronischen Registern anderer Stellen personenbezogene Daten für jede Datenkategorie übermitteln. Die so bei der Polizei anfallende (enorme) Datenmenge wird in elektronischer Form namensbezogen in eine Tabelle eingetragen. Dieser automatisierte Abgleich ("Rasterung") der Daten führt zu einem sog. "Treffer", wenn auf einen Namen kumulativ eine bestimmte Mindestanzahl von Kategorien zutrifft.

Das nordrhein-westfälische Polizeigesetz ermächtigt nun die Polizei bereits seit dem Jahr 1990 - also lange vor dem Anschlag auf das World Trade Center in New York - zur "Rasterfahndung". Es verlangte in seiner damaligen Fassung für eine Rasterfahndung eine "gegenwärtige Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person". Eine abschließende Aufzählung der möglichen Daten findet sich allerdings nicht - es können die "für den Einzelfall benötigten Daten" mit Ausnahme von Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnissen zusammengestellt werden.

---

<sup>5</sup> BVerfG, Beschluss vom 04.04.2006, Az. 1 BvR 518/02, BVerfGE 115, 320

<sup>6</sup> BVerfG, Urteil vom 15.12.1983, Az. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, BVerfGE 65, 1

Nach den terroristischen Anschlägen vom 11. September 2001 ordnete das zuständige Amtsgericht auf Antrag einer Landespolizeibehörde - im Rahmen einer bundesweit koordinierten Polizeiermittlung - eine Rasterfahndung nach "islamistischen Terroristen" an. Ziel war insbesondere die Erfassung sog. "Schläfer", die zwar zu terroristischen Handlungen bereit sind, sich vorerst aber gesetzeskonform und möglichst unauffällig verhalten. Zu dieser Zeit war die außen- und sicherheitspolitische Gesamtlage geprägt durch den Militärschlag der USA in Afghanistan und die Drohung des Botschafters dieses Landes mit Vergeltungsschlägen. Allerdings gab es über die allgemeinen außen- und sicherheitspolitischen Ausgangstat-sachen hinaus keine Erkenntnisse über konkrete Gefährdungen oder speziell über Anschläge oder Anschlagsvorbereitungen in Deutschland. Die Polizei bildete u.a. die Rasterkategorien "Geschlecht", "Alter", "Religionszugehörigkeit", "Geburtsland", "Nationalität", "Innehaben eines Flugscheins", "persönliche Zuverlässigkeitsprüfung nach dem Atomgesetz". Sodann wurden diverse Stellen (u.a. Einwohnermeldeämter, Universitäten und Ausländerzentralregister) zur entsprechenden Datenübermittlung an die Polizei veranlasst und auch das Bundeskriminalamt eingebunden.

Ein maßgeblicher Punkt für die - die Rasterfahndung anordnenden - Fachgerichte war dabei die Auslegung des Begriffes "gegenwärtige Gefahr" im nordrhein-westfälischen Polizeigesetz. Ausreichend sein sollte auch eine nicht ausgeschlossene entfernte Möglichkeit eines besonders gravierenden Schadenseintritts. Aufgrund gerichtlicher Beschlüsse wurden allein in Nordrhein-Westfalen über 5 Millionen Datensätze an die Polizei übermittelt und im Gefolge etwa 11.000 Personen überprüft. Die Ergebnisse führten zeitweise gegen insgesamt acht Personen zu weiteren

polizeirechtlichen Maßnahmen, letztlich aber in keinem Fall zur Einleitung eines Strafverfahrens. Nach Abschluss der Rasterfahndung wurden die Betroffenen über die Datenerhebung und den Zeitpunkt der Löschung informiert.

Das Bundesverfassungsgericht hatte über die Verfassungsbeschwerde eines Betroffenen gegen die gerichtlichen Beschlüsse zu entscheiden (Rechtsmittel waren erfolglos geblieben). Auch in diesem Fall kommt das Bundesverfassungsgericht zu einer differenzierenden Lösung:

*Erstens* wird das nordrhein-westfälische Gesetz als verfassungsgemäß erachtet. Das Bundesverfassungsgericht sieht zwar einen in mehrfacher Hinsicht erheblichen Grundrechtseingriff, insbesondere wegen der Zahl der Betroffenen, wegen der Flut der untereinander vernetzten Informationen und der Intensität der individuellen Beeinträchtigung. Wichtig ist dabei, dass sich die Rasterfahndungsbefugnis immer auch gegen so genannte "Nicht-Störer" wendet. Andererseits wird die Schutzpflicht des Staates gegen terroristische Bestrebungen vom Bundesverfassungsgericht auch hier ausdrücklich anerkannt - auch Grundrechtseingriffe zur Ermittlung eines noch nicht endgültig gesicherten Störerkreises sind nicht ausgeschlossen. Es wird im Ergebnis auch akzeptiert, dass das Gesetz die Themenbereiche der ermittelbaren Daten offen lässt. Allerdings darf es dabei nicht zu Rasterfahndungen "ins Blaue hinein" kommen. In diesem Spannungsverhältnis von Sicherheit und Freiheit soll selbst bei höchstem Gewicht der drohenden Rechtsgutbeeinträchtigung auf das Erfordernis einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit einer Gefahr nicht verzichtet werden können. Es ist eine sog. "konkrete Gefahr für die betroffenen Rechtsgüter" erforderlich, also eine Wahrscheinlichkeitsprognose, die einen konkret umrissenen Ausgangspunkt im Tatsächlichen



besitzt. Es muss ein "qualifizierter Verdacht" vorliegen mit tatsächlichen Anhaltspunkten, also bspw. gegen konkrete Beschuldigte oder zumindest ein in sonstiger Weise auf bestimmte Personen fokussierter Risiko- verdacht. Die gesetzliche nordrhein-westfälische Forderung einer "ge- gegenwärtigen Gefahr" - also einer bereits begonnen oder unmittelbar be- vorstehenden Störung - wurde dem mehr als gerecht - eine konkrete, also hinreichend wahrscheinliche, Gefahr hätte auch ausgereicht.

Demgegenüber wurden - *zweitens* - die Gerichtsbeschlüsse im konkre- ten Einzelfall als verfassungswidrig angesehen, weil sie das (fehlerfreie) Landesgesetz zu großzügig ausgelegt hatten. Die Fachgerichte hatten für den einfach-gesetzlichen Terminus "gegenwärtige Gefahr" ja gerade auch die entfernte Möglichkeit eines Schadensereignisses aufgrund der allgemeinen außen- und sicherheitspolitischen Lage - also ohne konkre- te Tatsachen - ausreichen lassen. Dadurch wurde die durchgeführte Rasterfahndung zu einer Maßnahme weit im bloßen "Vorfeld" der Gefah- renabwehr, die nicht mehr an die Abwehr konkreter Gefahren und an das Störerprinzip anknüpfte.

### **III. - Verfassungsrechtliche Grundstrukturen**

Den soeben - exemplarisch - referierten Entscheidungen liegen einige allgemeine Grundstrukturen zugrunde. Gleich vorweg aber: wegen des Gebotes einer einzelfallbezogenen Betrachtung wird dabei auch in Zu- kunft eine Konkretisierung von Fall zu Fall unumgänglich sein - auf schwierige Fragen mit diametral entgegengesetzten und untereinander auszugleichenden Interessen gibt es eben nur selten einfache und auf den ersten Blick ersichtliche, schematische Antworten.

Nun aber zu den Grundstrukturen selbst:

1. Der Staat darf und muss terroristischen Bestrebungen mit den erforderlichen rechtsstaatlichen Mitteln wirksam entgegentreten. Das Grundgesetz enthält einen Auftrag zur Abwehr von Beeinträchtigungen der Grundlagen einer freiheitlichen demokratischen Ordnung<sup>7</sup>. Einer der Gründe hierfür ist die staatliche Schutzpflicht zugunsten derjenigen, gegen deren Grundrechte sich terroristische Angriffe richten würden. Die Grundrechte möglicher Opfer haben insofern auch einen den Staat objektiv verpflichtenden Gehalt. Dabei kommt dem Staat und seinen Organen bei der Erfüllung derartiger Schutzpflichten ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu<sup>8</sup>.

2. Die Verfassung verlangt vom Gesetzgeber, eine angemessene Balance zwischen Freiheit und Sicherheit herzustellen. Auch die Schutzpflicht des Staates gegenüber den Grundrechten möglicher Dritter, insbesondere der Opfer terroristischer Anschläge, entbindet den Staat aber nicht davon, die grundrechtlichen Abwehrrechte derjenigen zu berücksichtigen, in die der Staat seinerseits eingreifen will. Das schließt nicht nur die Verfolgung des Zieles absoluter Sicherheit aus, welches ohnehin faktisch kaum, jedenfalls aber nur um den Preis einer Aufhebung der Freiheit zu erreichen wäre<sup>9</sup>. Je gewichtiger die drohende oder erfolgte Rechtsgutbeeinträchtigung und je weniger gewichtig der Grundrechtseingriff ist, um den es sich handelt, desto geringer darf die Wahrscheinlichkeit sein, mit der auf eine drohende oder erfolgte Verletzung des Rechtsguts geschlossen werden kann, und desto weniger fundierend dürfen ggf. die Tatsachen sein, die dem Verdacht zugrunde liegen. Allerdings muss

---

<sup>7</sup> BVerfGE 115, 320 (357)

<sup>8</sup> vgl. BVerfGE 115, 118 (159 / 160)

<sup>9</sup> BVerfGE 115, 320 (357)

stets gewährleistet bleiben, dass Annahmen und Schlussfolgerungen einen konkret umrissenen Ausgangspunkt im Tatsächlichen haben<sup>10</sup>.

**3.** Es gibt unter dem Grundgesetz einen Kernbestand unveräußerlicher Rechte, der absoluten Schutz genießt und auch für den verfassungsändernden Gesetzgeber nicht zur (abwägenden) Disposition steht. Von zentraler Bedeutung ist insbesondere die Menschenwürde, die sich als unverbrüchlicher Kernbestand auch in den meisten Einzelgrundrechten wiederfindet und von der Rechtsprechung in Fallgruppen konkretisiert wird.

Neben den schon genannten Menschenwürdeaspekten der "Unverletzlichkeit der Wohnung", des "Fernmeldegeheimnisses" und der "informationellen Selbstbestimmung" ist auch das Verbot der Folter zu nennen. Unabhängig von Art. 104 Abs. 2 GG, der körperliche oder seelische Mißhandlung festgehaltener Personen verbietet, handelt es sich um einen grundlegenden Aspekt der Menschenwürde<sup>11</sup>. Denn durch was sollte ein Mensch mehr zum bloßen Objekt staatlicher (Ermittlungs-) Interessen und erniedrigt werden als durch die Folter. In diesem Zusammenhang ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass die von der Bundesrepublik Deutschland ratifizierte Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten ebenfalls ein absolutes Folterverbot enthält (vgl. Art. 3 EMRK), von dem auch im Staatsnotstand nicht abgewichen werden darf (vgl. Art. 15 Abs. 2 EMRK). Zwar hat die EMRK nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes. Wegen der Bindung aller staatlicher Stellen an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) sind aber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Wertungen der EMRK bei der Auslegung des Grundgesetzes wie auch aller anderen deutschen Gesetz zu berücksichtigen<sup>12</sup>. Auch bei der Anwendung

<sup>10</sup> BVerfGE 115, 320 (360 / 361); BVerfGE 113, 348 (386); BVerfGE 110, 33 (55, 60); BVerfGE 100, 313 (392)

<sup>11</sup> vgl. BVerfG, Beschluss vom 14.12.2004, Az. 2 BvR 1249/04, BVerfGK 4, 283

<sup>12</sup> BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004, Az. 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 (329)

der deutschen Grundrechte besteht die Pflicht, die Europäische Menschenrechtskonvention in ihrer konkreten Ausgestaltung als Auslegungshilfe heranzuziehen.

#### **IV. - Schluss**

Neue Gefahrenszenarien werfen neue Fragen beim Ausgleich zwischen Sicherheit und Freiheit auf. Das Grundgesetz anerkennt dabei die grundlegende staatliche Sicherheitsaufgabe auch und gerade im Interesse der Grundrechte der Bürger und geht insoweit von einer Schutzpflicht des Staates aus. Gleichzeitig verlangt das Grundgesetz aber von Gesetzgeber, Verwaltung und Gerichten gleichermaßen eine permanente Rückbesinnung auf die von ihnen zu verteidigenden Freiheitsrechte und eine angemessene Balance. Dabei hat sich das Grundgesetz dagegen entschieden, sämtliche verbürgten Rechte abwägbar oder gar "wegwägbar" zu machen - es gibt einen Kernbestand absoluter Rechte. Außerhalb dieses Kernbestands besteht allerdings eine Bandbreite gleichermaßen möglicher Alternativen. Innerhalb des von der Verfassung gesetzten Rahmens sind die Lösungen, auch die für eine Balance von Sicherheit und Freiheit, nicht von vornherein durch Sachzwänge, technischen Entwicklungsstand oder historische Gesetzmäßigkeiten konkret vorgegeben, sondern müssen herausgearbeitet werden und zwar von uns Menschen selbst. Dies geschieht in einer parlamentarischen Demokratie wie der unsrigen zuvörderst im Verfahren der parlamentarischen Gesetzgebung.

Das Grundgesetz stellt hierbei - nicht zuletzt auch aufgrund historischer Erfahrungen - hohe Anforderungen an unsere Verantwortlichkeit. Ein Konzept, Menschen - auch wenn sie Täter oder Tatverdächtige sind -

einfach aus der Rechtsgemeinschaft auszuschließen und als Feinde der Rechtsgemeinschaft rechtlos zu stellen, wäre eine Kapitulation des Rechtsstaats. Gefahren für den Rechtsstaat und Beeinträchtigungen der Grundlagen einer freiheitlichen demokratischen Ordnung muss mit Mitteln des Rechtsstaats begegnet werden. Diesem hohen Anspruch der Verfassung müssen wir uns auch in Zukunft stellen, sonst bedrohen wir selbst genau das, was es zu schützen gilt.