

Das aktuelle Thema

Thomas Groß Terrorbekämpfung und Grundrechte

Zur Operationalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes¹

I. Einleitung

New York und Washington, die Orte der Terroranschläge vom 11. September 2001, liegen in den USA. Die Ostküste der USA liegt sechs Zeitzonen von Deutschland entfernt, und damit z. B. erheblich weiter als Algerien, wo in den letzten Jahren über 100 000 Menschen im Zusammenhang mit terroristischen Aktionen islamistischer Gruppen ermordet wurden. Nach den übereinstimmenden Aussagen der deutschen Sicherheitsbehörden liegen keine Erkenntnisse vor, dass Anschläge in Deutschland geplant sein könnten. Zwar haben drei der Attentäter längere Zeit in Deutschland gelebt und wohl auch weitere Personen aus dem Unterstützerkreis, denn gegen drei Verdächtige wurde Haftbefehl erlassen.² Dass diese jedoch Straftaten in Deutschland begangen haben, ist ebenfalls nicht bekannt – abgesehen möglicherweise von Vorbereitungshandlungen. Wahrscheinlich sind deutsche Banken an illegalen internationalen Finanztransaktionen beteiligt, doch fehlen wohl auch hierzu verlässliche Erkenntnisse. Nach dem traditionellen Rechtsverständnis sind die durchgeführten Ermittlungen folglich in erster Linie dem Bereich der internationalen Rechtshilfe zuzuordnen. Daneben gibt es in Deutschland einzelne Gewalttäter, die sich auf den Islam berufen, doch war das auch schon vor dem 11. September bekannt.

Obwohl diese nüchternen Fakten allgemein bekannt sind, sind die Anschläge auf das World Trade Center und das Pentagon von der ganz überwiegenden öffentlichen Meinung sofort als Bedrohung der gesamten westlichen Zivilisation und damit auch von Deutschland aufgefasst worden. Ihre symbolisch-mediale Wirkung war ganz anders als bei der algerischen Tragödie, obwohl auch hier Verbindungen der Täter nach Europa bestanden. Wie in anderen europäischen Ländern sind verschiedene Sicherheitsmaßnahmen verschärft und Gesetzesvorlagen zur Erweiterung der Befugnisse der Sicherheitsbehörden erarbeitet worden. Insbesondere das Terrorismusbekämpfungsgesetz vom 9. 1. 2002,³ auch Sicherheitspaket II oder »Otto-Katalog« genannt, weitet die Befugnisse des Verfassungsschutzes, des Bundeskriminalamtes und anderer Behörden zur Überwachung von Telekommunikation und Finanztransaktionen, zur Sicherheitsüberprüfung u. ä. deutlich aus. Bund und Länder überboten sich gegenseitig mit Beschlüssen zur personellen und finanziellen Stärkung der Polizeien und des Verfassungsschutzes. Für Absolventen der Islamwissenschaften und der

¹ Für Hilfe bei der Vorbereitung danke ich Herrn Johannes Meister.

² Vgl. BT-Drs. 14/7249, S. 2.

³ BGBl. I S. 361.

Arabistik eröffnen sich ungeahnte Arbeitsmarktchancen. Weitreichende Eingriffe gegen mutmaßliche Terroristen sollen zudem im Ausländer- und Asylrecht ermöglicht werden. Mit der bundesweiten Rasterfahndung ist bereits die erste Großaktion angefallen, die sich nicht auf die fallbezogenen Ermittlungen beschränkt.

Nicht nur die Rasterfahndung, sondern auch die aufgrund der neu zu erlassenden Gesetze später erfolgenden Maßnahmen, etwa im Bereich der Sicherheitsüberprüfung von Flughafenspersonal, der Aufnahme neuer Merkmale in Personalausweise, Pässe und Visa oder der Erweiterung von Datenübermittlungsbefugnissen der Sicherheitsbehörden stellen Grundrechtseingriffe dar, wie spätestens seit dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts feststeht.⁴ Betroffen ist in erster Linie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁵ Daneben werden zusätzliche Eingriffe in das Post- und Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG ermöglicht. Die Grundrechte nach Art. 2 I (i.V. m. Art. 1 I) und 10 GG stehen unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Insofern sind verfassungsrechtliche Schranken im Wesentlichen nur aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abzuleiten. Hier stellt sich insbesondere die Frage, welche Anforderungen an die Gefahrenprognose des Gesetzgebers zu stellen sind.

Da besonderes Augenmerk auf die islamische Religionszugehörigkeit gelegt wird, ist außerdem die Glaubensfreiheit betroffen. Noch wenig beachtet wurde, dass hierbei neben Art. 4 I GG auch Art. 140 GG i.V. m. Art. 136 III WRV einschlägig ist, der ein grundsätzliches Verbot für staatliche Behörden enthält, die Zugehörigkeit zu einer Religionsgesellschaft zu erheben.

Ziel dieses Beitrages ist es nicht, einen vollständigen Überblick über alle exekutiven und legislativen Maßnahmen auf Bundes- und Länderebene zu geben, die nach den Anschlägen durchgeführt oder geplant wurden, oder Detailfragen einzelner Normen zu behandeln. Ausgeklammert werden müssen insbesondere die Änderungen im Ausländer- und Asylrecht, obwohl auch sie schwerwiegenden Bedenken ausgesetzt sind, die aber sinnvoll nur im Gesamtrahmen der Gesetzgebung zur sogenannten Zuwanderung behandelt werden können.⁶ Vielmehr liegt der Schwerpunkt auf der Rasterfahndung als Wiederbelebung eines problematischen Instrumentes der Gefahrenabwehr (II.) und auf den widersprüchlichen Diskussionen um das Bankgeheimnis (III.). Anschließend folgen allgemeine Überlegungen zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Gesetzgebung im Bereich der Gefahrenabwehr (IV.). Als Ergebnis zeigt sich, dass die Grundrechte nur eingeschränkt tauglich sind, den Ausbau des Überwachungsstaates aufzuhalten, dass wesentliche Teile des Sicherheitspaketes II aber auch vor einem zurückhaltenden Prüfungsmaßstab nicht standhalten (V.).

II. Die Rasterfahndung

1. Rechtsgrundlagen

Zu unterscheiden ist zwischen der Rasterfahndung zu Zwecken der Strafverfolgung, die in §§ 98a, 98b StPO geregelt ist,⁷ und der Rasterfahndung zur Verhinderung künftiger Straftaten, für die inzwischen in allen Bundesländern spezielle Ermächti-

4 BVerfGE 65, 1, 41 ff.

5 Dazu zuletzt zusammenfassend *Hufen*, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, S. 105 ff.

6 Zu den europarechtlichen Grundlagen vgl. *Groß*, KJ 2001, 100 ff.

7 Dazu kritisch *Siebrecht*, CR 1996, 545 ff.

gungsnormen in den Polizei- bzw. Gefahrenabwehrgesetzen bestehen. Bremen, Niedersachsen und Schleswig-Holstein, die sie ursprünglich für verzichtbar hielten, haben nach den Anschlägen im Eiltempo nachgezogen.⁸ Die entsprechenden Normen sind sich in der Grundstruktur ähnlich, weisen aber auch einige wesentliche Abweichungen auf. Die inzwischen begonnene Rasterfahndung stützt sich auf die präventivpolizeilichen Befugnisse, da ihr Ziel ist, mögliche künftige Attentäter zu finden.⁹ In allen Ländern ist vorgesehen, dass die Übermittlung von Daten sowohl von öffentlichen als auch von nicht-öffentlichen Stellen verlangt werden kann. Es sind also nicht nur andere Behörden, sondern auch grundsätzlich alle privaten Unternehmen, Arbeitgeber etc. verpflichtet, Daten herauszugeben. Rechtsgrundlagen hierfür sind im öffentlichen Bereich in den Datenschutzgesetzen oder Spezialgesetzen enthalten, im nicht-öffentlichen Bereich ist § 15 BDSG die erforderliche Erlaubnisnorm. In den meisten, aber nicht allen Ländern wird eingeschränkt, dass Rechtsvorschriften über Berufs- und besondere Amtsgeheimnisse unberührt bleiben. Hierzu zählen etwa Geheimnisse der in § 203 I StGB genannten Berufsgruppen wie Ärzte oder Rechtsanwälte, sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis, das Steuer- und das Sozialgeheimnis.¹⁰ Das Sozialgeheimnis ist allerdings durch das neue Gesetz für die Rasterfahndung geöffnet worden.

Die übermittelten Daten werden nach einem bestimmten Prüfschema, das sich auf der Grundlage einer Fahndungshypothese an den mutmaßlichen Merkmalen der gesuchten Personen orientiert, gefiltert.¹¹ Alle Personen, die den Merkmalen entsprechen, werden weiteren konventionellen Aufklärungsmaßnahmen unterzogen, die zu durchaus spürbaren Beeinträchtigungen führen können. Diese Fahndungsart trifft notwendig viele Personen, die letztlich unverdächtig sind, und trägt so zur Stigmatisierung von Abweichungen bei.¹² Die Effektivität ist nach den bisherigen Erfahrungen gering.¹³ Je diffuser die Kriterien sind, desto problematischer ist die Methode. Genau hier liegt aber die Schwierigkeit der aktuellen Rasterfahndung, die auf sehr vagen Hypothesen beruht.

Als materielle Voraussetzung werden unterschiedlich hohe Hürden definiert. Am strengsten sind die Länder, die verlangen, dass die Datenübermittlung zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist, wobei einige daneben auch den Bestand bzw. die Sicherheit des Bundes oder eines Landes als Schutzgut angeben. Wenn man die übliche Definition der Gegenwärtigkeit heranzieht, nämlich eine große zeitliche Nähe und eine gesteigerte Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts,¹⁴ so wird man durchgreifende Zweifel haben, ob diese Bedingung erfüllt ist.^{14a} Erkenntnisse darüber, dass in absehbarer Zeit ein Anschlag in Deutschland droht, liegen nämlich ersichtlich nicht vor. Andere Bundesländer lassen es dagegen genügen, wenn die Rasterfahndung zur Abwehr bzw. zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten mit erheblicher Bedeutung erforderlich ist. Dieser Maßstab ist so vage, dass er eher zu bejahen ist, obwohl auch hier ein Mindestmaß an tatsächlichen Erkenntnissen verlangt werden muss.¹⁵

8 Gesetz zur Änderung des Bremischen Polizeigesetzes v. 25. 10. 2001, GVBl. Bremen, S. 341; Gesetz zur Änderung des Niedersächsischen Gefahrenabwehrgesetzes v. 25. 10. 2001, Nds.GVBl., S. 664; Gesetz zur Einführung des automatisierten Datenabgleichs v. 19. 10. 2001, GVBl. Schl.-H., S. 166.

9 Vgl. BT-Drs. 14/7206, S. 2.

10 Hornmann, HSOG, 1997, § 21 Rn. 18 f.

11 Bäumler, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts (HPolR), 3. Aufl., 2001, Kap. J Rn. 198.

12 Bäumler (Fn. 11), HPolR, J 199.

13 Vgl. Simon/Taeger, JZ 1982, 140 ff., 143 f.; positiver DER SPIEGEL Nr. 43/2001, S. 42 f.

14 Denninger (Fn. 11), HPolR, E 43; Hornmann (Fn. 10), § 9 Rn. 8.

14a So jetzt auch LG Berlin v. 15. 1. 2002, Az. 84 T 278/01 u. a., und LG Wiesbaden v. 7. 2. 2002, Az. 4 T 707/01.

15 Vgl. dazu bereits Loschelder, Der Staat 1981, 349 ff., 354 ff.

Alle Länder haben daneben auch prozedurale Vorkehrungen getroffen, die eine gewisse Vorkontrolle ermöglichen sollen. Am strengsten sind die Anforderungen in Brandenburg und Nordrhein-Westfalen, wo in jedem Fall eine richterliche Anordnung erforderlich ist. In Berlin, Hessen und Sachsen-Anhalt kann bei Gefahr im Verzug die Polizei die Maßnahme selbst anordnen, doch muss sie unverzüglich eine richterliche Bestätigung einholen. In Bremen bedarf nur die Verarbeitung gewonnener personenbezogener Daten der richterlichen Genehmigung, wobei die Einzelheiten durch eine komplizierte Verweisungstechnik unklar bleiben. Im Übrigen wird regelmäßig vorgeschrieben, dass nur die Behördenleitung eine Rasterfahndung anordnen kann oder dass sogar die Zustimmung des Innenministeriums erforderlich ist. Die Schutzwirkung dieser Einschränkung dürfte allerdings gering sein. Im Übrigen ist in den meisten Ländern die Benachrichtigung des Landesdatenschutzbeauftragten verpflichtend, zum Teil jedoch erst nachträglich nach Abschluss der Maßnahme. Eine Kontrolle ex post ist aber weniger geeignet, die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben zu garantieren.

Wie bei allen notwendig geheimen Ermittlungen ist für den Rechtsschutz besonders wichtig, ob die Betroffenen zumindest nachträglich von der Verwendung ihrer Daten im Rahmen der Rasterfahndung informiert werden.¹⁶ Zwar sind in diesem Fall die Kriterien teilweise öffentlich bekannt geworden sowie einige Informationen darüber, welche Datenbestände konkret in die Fahndung einbezogen werden, doch würde eine vollständige Veröffentlichung den Erfolg der Maßnahme gefährden.¹⁷ Eine Pflicht zur nachträglichen Unterrichtung ist jedoch nur in Hamburg vorgesehen und an die Voraussetzung gebunden, dass die Erfüllung polizeilicher Aufgaben dadurch nicht vereitelt oder gefährdet wird. In Brandenburg, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein erfolgt die Unterrichtung nur, wenn nach der Rasterfahndung weitere Maßnahmen gegen die Person durchgeführt werden. Eine Berichtspflicht gegenüber dem Landtag besteht nur in Schleswig-Holstein.

2. Verfassungsrechtliche Probleme

Die Informationsbeschaffung im Rahmen der Rasterfahndung ist ein Grundrechtseingriff, der das Recht auf informationelle Selbstbestimmung berührt.¹⁸ Sie erlaubt staatlichen Behörden einen thematisch beschränkten Zugriff auf personenbezogene Daten von Privatpersonen, die die Grundlage für weitere Fahndungsmaßnahmen sein können.

Dieser Eingriff kann zwar aufgrund des einfachen Gesetzesvorbehaltes des Rechtes auf informationelle Selbstbestimmung gerechtfertigt werden, doch müssen die entsprechenden Vorschriften, die mittlerweile in allen Ländern existieren, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.

Der Gesetzgeber steht hier vor einem Dilemma. Wenn er sehr enge Voraussetzungen für die Rasterfahndung normiert, wie etwa das Erfordernis einer gegenwärtigen Gefahr, so wird es schon angesichts der Schwerfälligkeit der Datenbeschaffung, die auch im Zeitalter der elektronischen Datenbanken aufgrund der Vielfalt der einzube-

¹⁶ Zur Bedeutung der Kenntnis von der Datenerhebung vgl. BVerfGE 100, 313, 361; BVerfG (Kammer), NVwZ 2001, 1261, 1263.

¹⁷ BT-Drs. 14/7249, S. 2.

¹⁸ OLG Frankfurt, Beschluss v. 8.1.2002, 20 W 479/01; *Simon/Taeger*, JZ 1982, 140 ff., 141; *Neumann*, Vorsorge und Verhältnismäßigkeit, 1994, S. 128.; so auch zur vergleichbaren Schleierfahndung LVerfG MV, DÖV 2000, 71, 72; *Möllers*, NVwZ 2000, 382 ff., 385; *Schnekenburger*, BayVBl. 2001, 129 ff., 132.

ziehenden Datenverwender besteht, nur in Ausnahmefällen erfüllbar sein, wie z. B. bei einer Anschlagserie, wie sie die RAF im Jahr 1977 durchgeführt hat. Wird dagegen eine großzügige Formulierung gewählt, wie etwa die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten mit erheblicher Bedeutung, so entfällt fast jede begrenzende Funktion. Gerade dann, wenn polizeiliche Ermittlungsmaßnahmen sich notwendig auch gegen Unbeteiligte richten, muss aus Gründen der Verhältnismäßigkeit eine qualifizierte Gefahrenlage vorliegen.¹⁹ Es muss zumindest ein Straftatenkatalog definiert werden, um die zulässigen Zwecke einer Rasterfahndung zu bestimmen.²⁰ Außerdem muss ausdrücklich geregelt sein, ob in verfassungsrechtlich geschützte Amts- und Berufsgeheimnisse eingegriffen werden darf.²¹ Diesen Erfordernissen entsprechen nicht alle landesrechtlichen Regelungen.

Besonders problematisch ist im aktuellen Fall das Fahndungsmerkmal islamische Religionszugehörigkeit. Das Schweigerecht des Art. 136 III WRV bezieht sich sowohl auf den Glaubensinhalt als auch auf die bloße Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft.²² Es ist eine spezielle Ausformung der negativen Bekenntnisfreiheit.²³ Einschränkungen sind nur zulässig für statistische Erhebungen, was hier nicht einschlägig ist, sowie in den Fällen, in denen Rechte und Pflichten von der Zugehörigkeit zu einer Religionsgesellschaft abhängen. Hierbei muss es sich um gesetzlich angeordnete, nicht diskriminierende Rechte und Pflichten handeln. Anerkannte Beispiele sind die Kirchensteuerpflicht nach Art. 137 VI WRV, die Anmeldung zum Schulunterricht wegen des Religionsunterrichts nach Art. 7 III GG und die Aufnahme in von Art. 141 WRV erfasste Einrichtungen wie z. B. Krankenhäuser. Es muss aber nach dem Zweck der Vorschrift die Erhebung auch im konkreten Fall erforderlich sein, d. h. im Meldewesen darf folglich nur die Zugehörigkeit zu einer kirchensteuerberechtigten Religionsgesellschaft erfragt werden.²⁴ Hierzu zählen die islamischen Vereinigungen bisher nicht.

Diese verfassungsrechtliche Vorgabe darf durch die Rasterfahndung nicht unterlaufen werden. Bei den Datenbeständen öffentlicher Stellen wie etwa den Universitäten scheitert die Erfassung nach dem Kriterium der Religionszugehörigkeit gerade daran, dass diese Information aufgrund von Art. 136 III WRV nicht erhoben werden durfte. Kritisch ist aber der Zugriff auf Datenbestände im nicht-öffentlichen Bereich, denn in diesen Fällen kann die Konfession freiwillig angegeben worden sein. Besonders deutlich wird die Problematik, wenn man sich vergegenwärtigt, dass aufgrund des weiten Wortlauts der gesetzlichen Bestimmungen auch die Herausgabe von Dateien mit Mitgliederlisten islamischer Vereine verlangt werden könnte. Die Konstruktion einer aus den Polizeigesetzen folgenden Duldungspflicht würde die Beschränkungen des Art. 136 III WRV unterlaufen. Daten, die öffentliche Stellen selbst erheben dürfen, dürfen sie sich auch nicht im Wege der Rasterfahndung verschaffen.

19 IVerfG MV, DÖV 2000, 71, 73 f.; zurückhaltender SächsVerfGH, DVBl. 1996, 1423, 1438: »zumindest tatsächliche Anhaltspunkte«; demgegenüber *W.-R. Schenke*, DVBl. 1996, 1393 ff., 1396: »konkrete Gefahr«; in diese Richtung auch *Lisken*, NVwZ 1998, 22 ff., 23 f.; *Stephan*, DVBl. 1998, 81 ff., 82 f.; anders wohl *Schnekenburger*, BayVBl. 2001, 129 ff., 133, der für die vergleichbare Schleierfahndung auch Ansehensgefahr und Gefahrenverdacht ausreichen lässt; s. a. unten bei IV.2.a.

20 *Neumann* (Fn. 18), S. 173 ff. m. w. N.; so auch zur vergleichbaren Schleierfahndung IVerfG MV, DÖV 2000, 71, 73.

21 SächsVerfGH, DVBl. 1996, 1423, 1431 f.; anders *W.-R. Schenke*, DVBl. 1996, 1393 ff., 1397 f., der eine Pflicht zur ausdrücklichen Normierung ablehnt, da sie bloß eine Wiederholung dessen sei, was sich bereits aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ableiten lasse.

22 *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl., 1933 (Neudruck 1965), Art. 136 Anm. 4.

23 v. *Campanhausen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl., Bd. 3, 2001, Art. 136 WRV Rn. 36; *Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 3, 2000, Art. 140/Art. 136 WRV Rn. 20, spricht von einer »Lohengrinklausel«.

24 So wohl auch BVerfGE 49, 375, 376 f.

Allenfalls könnte man erwägen, dass Art. 136 III WRV als Ausformung der negativen Bekenntnisfreiheit über die ausdrücklich genannten Beschränkungen hinaus wie Art. 4 GG²⁵ auch verfassungsimmanenten Schranken unterworfen ist. Als solche kommt hier die Schutzpflicht zugunsten des Lebens in Betracht, die Maßnahmen zur Vorbeugung gegen Terroranschläge selbstverständlich grundsätzlich legitimiert. Diese Schutzpflicht belässt dem Gesetzgeber aber eine weite Konkretisierungskompetenz.²⁶ Bei der erforderlichen Abwägung sind vielfältige kollidierende Rechtsgüter auch aus anderen Vorschriften der Verfassung einzubeziehen, die nicht einem Ziel bedingungslos untergeordnet werden können. Bei der Rasterfahndung fehlt es jedenfalls an einer expliziten Einschränkung der Bekenntnisfreiheit.

Gegen diese strenge Auslegung des religionsbezogenen Auskunftsverweigerungsrechtes könnte man einwenden, dass es sich um eine historisch obsoletere Vorschrift handelt, die notfalls auch durch eine Verfassungsänderung abgeschafft werden könnte, ohne dass ein gesellschaftlicher Schaden entstehen würde. Auf der anderen Seite zeigt aber gerade die Reaktion auf die Anschläge, dass die Kampfansage dieses doch im Vergleich zur Gesamtzahl der Muslime sehr kleinen Grüppchens von Terroristen sehr ernst genommen wird. Ist es aber ein vernünftiger Schritt zur Verteidigung der säkularen westlichen Demokratie, wenn die Feinderklärung des Radikalismus aufgenommen und erwidert wird?²⁷ Trägt ein pauschales Misstrauen gegenüber »dem Islam« nicht zu einer Polarisierung bei, die keinesfalls zur langfristigen Integrationsfähigkeit der Gesellschaft beiträgt? In einem solchen Kontext hat das Verbot, dem religiösen Bekenntnis mehr als unbedingt nötig rechtliche Relevanz beizumessen, seine dauernde Berechtigung.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Rasterfahndung zumindest in den Bundesländern, in denen eine gegenwärtige Gefahr als Voraussetzung verlangt wird, unzulässig ist, weil die erforderlichen tatsächlichen Anhaltspunkte hierfür nicht vorliegen. Im Übrigen ist die Verwendung des Fahndungskriteriums islamische Religionszugehörigkeit wegen Verstoßes gegen Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 III WRV verfassungswidrig, so dass eine der wesentlichen Fahndungshypothesen wegfällt.

III. Das Bankgeheimnis

Hinter der entwickelten Logistik des terroristischen Netzwerks müssen auch erhebliche finanzielle Mittel vermutet werden, denen die Sicherheitsbehörden international bereits seit Jahren nachspüren, wenn auch vielleicht nicht immer mit der notwendigen Konsequenz. Nach den Anschlägen wurden allein in Deutschland über 200 Konten von Verdächtigten gesperrt. Es überrascht nicht, dass nun verstärkt auch das Bankgeheimnis in die Diskussion geraten ist. Befugnisse zur Überwachung von Finanztransaktionen stehen nunmehr dem Bundesamt für Verfassungsschutz und dem Bundesnachrichtendienst zu, sofern tatsächliche Anhaltspunkte für schwerwiegende Gefahren vorliegen. Im Entwurf des 4. Finanzmarktförderungsgesetzes²⁸ wird zudem angestrebt, durch einen neuen § 24c KWG einen zentralen staatlichen Zugriff auf alle Bankkontoinformationen zu ermöglichen. Dies dient dazu, um verdächtige

²⁵ Vgl. BVerfGE 32, 98, 108; 44, 37, 49 f.; weitergehend unter Bezug auf Art. 136 I WRV *Muckel*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), *BerK-GG* (Lsbl.), Art. 4 Rn. 47 m. w. N.

²⁶ Vgl. statt aller *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), *GG*, Bd. 1, 5. Aufl., 2000, Art. 2 Rn. 56 m. w. N.

²⁷ Zur Gefahr von Überreaktionen vgl. *Waldmann*, in: Leggewie/Münch (Hrsg.), *Politik im 21. Jahrhundert*, 2001, S. 390 ff., 403.

²⁸ BR-Drs. 936/01.

Geldbewegungen, auch über staatliche Grenzen hinweg, einfacher nachverfolgen zu können. Naheliegenderweise provozieren solche Pläne aber auch den Verdacht, in Wirklichkeit gehe es zumindest auch um Interessen der Steuerfahndung.

1. Rechtsgrundlagen

Im Gegensatz zu Österreich und der Schweiz gibt es in Deutschland keine allgemeine gesetzliche Grundlage für das Bankgeheimnis.²⁹ Für die öffentlich-rechtlich organisierten Banken ergibt sich eine Verschwiegenheitspflicht allerdings aus speziellen Regelungen wie z. B. § 32 BBankG. Für Kunden von Privatbanken folgt deren Verschwiegenheitspflicht dagegen nur aus dem Bankvertrag bzw. auch schon aus einem vorvertraglichen Rechtsverhältnis.³⁰

Diese Regelungsstruktur hat Auswirkungen auf die Frage, ob den Banken ein Auskunftsverweigerungsrecht zusteht. Im zivil-, arbeits-, sozial- oder verwaltungsgerichtlichen Prozess steht den Beschäftigten von Banken ein Zeugnisverweigerungsrecht zu.³¹ Dagegen gehört das Bankgeheimnis nicht zu den von § 53 StPO erfassten Berufsgeheimnissen, so dass im Strafverfahren eine Aussagepflicht nach § 161a StPO besteht und auch Beschlagnahmen und Durchsuchungen zulässig sind.³² Eine Zwischenlösung gilt im Steuerrecht nach § 30a AO, einer im Jahr 1988 eingeführten Vorschrift, die die Finanzbehörden verpflichtet, bei der Sachverhaltsermittlung auf das Vertrauensverhältnis zwischen den Kreditinstituten und deren Kunden besonders Rücksicht zu nehmen, und eine allgemeine Überwachung von Kunden für unzulässig erklärt. Es handelt sich hierbei aber nicht um ein umfassendes Bankgeheimnis, da Ermittlungen aufgrund eines durch Tatsachen begründeten Verdachts im Einzelfall nicht ausgeschlossen werden.³³ Ermittlungen ohne jeden Anhaltspunkt sind aber unzulässig.³⁴

Keinerlei spezielle Regelungen bestehen für das Verhältnis der Banken gegenüber Gefahrenabwehrbehörden. Man muss also davon ausgehen, dass deren Datenerhebungsrechte gegenüber Kreditinstituten nicht eingeschränkt sind. Es handelt sich beim Bankgeheimnis auch hier nicht um ein Berufs- oder besonderes Amtsgeheimnis, für das besondere Beschränkungen, z. B. nach § 21 II HSOG, gelten. Insbesondere bestehen insofern keine Hindernisse, Datenbestände von Banken in eine Rasterfahndung einzubeziehen.

2. Verfassungsrechtliche Probleme

Da das Bankgeheimnis im privatrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen dem Kunden und der Bank wurzelt, ist bei der grundrechtlichen Analyse zwischen diesen beiden Beteiligten zu unterscheiden. Bei einem staatlichen Zugriff auf Daten, die bei der Bank gespeichert sind, liegt ein Eingriff in deren Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG vor,

²⁹ *Rehbein*, ZHR 149 (1985), 139 ff., 140 f.

³⁰ BGHZ 27, 241, 246; *Claussen/Erne*, Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl., 2000, § 6 Rn. 5; *Radbruch*, Das Bankgeheimnis im deutschen und angloamerikanischen Recht, Diss. Mainz 1977, S. 21 ff.; *Rehbein*, ZHR 149 (1985), 139 ff., 141.

³¹ *Rehbein*, ZHR 149 (1985), 139 ff., 142.

³² *Radbruch* (Fn. 30), S. 144 f.

³³ *Rüsken*, in: Klein, AO, 7. Aufl., 2000, § 30a Rn. 3; s. a. BVerfG, NJW 1995, 2839, 2840.

³⁴ *Rüsken* (Fn. 33), § 30a Rn. 14.

da ein Vertrauensverhältnis zwischen Bank und Kunden Voraussetzung für die Geschäftsbeziehung ist.³⁵ Nach anderer Auffassung soll für die Bank Art. 14 GG einschlägig sein.³⁶ Es ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern ein Eingriff in einen Güterbestand vorliegt, wie es etwa bei der Aufdeckung eines Betriebsgeheimnisses der Fall wäre. Das Vertrauensverhältnis als solches ist kein eigentumsgleicher Wert.

Da es sich im Rahmen der zu Art. 12 GG entwickelten Drei-Stufen-Theorie allerdings nur um eine Regelung der Berufsausübung handelt, sind an die Rechtfertigung des Eingriffs keine hohen Anforderungen zu stellen. Es ist lediglich die übliche Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen. Dabei wird man das Bestreben einer Bank, ihren Kunden bei der Umgehung steuerlicher Verpflichtungen behilflich zu sein, kaum als schützenswerten Belang in die Abwägung einstellen können.

Auf welches Grundrecht sich die Kunden berufen können, wenn Informationen über ihre Konten von staatlichen Behörden erhoben werden, ist noch nicht endgültig geklärt. Nach einer Auffassung handelt es sich um personenbezogene Daten, die in den Schutzbereich des Rechtes auf informationelle Selbstbestimmung fallen und damit von Art. 2 I i.V.m. 1 I GG erfasst werden.³⁷ Nach anderer Auffassung besteht bei vermögensrechtlichen und wirtschaftlichen Angelegenheiten der Kunden kein hinreichender Bezug zum Kernbereich der Persönlichkeit, so dass lediglich die allgemeine Handlungsfreiheit betroffen wäre.³⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat diese Frage in Bezug auf die Zinsbesteuerung offen gelassen.³⁹ Da über die Kontobewegungen aber auch Vorgänge aus dem Bereich der privaten Lebensführung wie etwa Unterhaltszahlungen oder Dienstleistungen aller Art nachvollzogen werden können, kann ein hinreichender Bezug zum Schutzgut des allgemeinen Persönlichkeitsrechts jedenfalls bei Privatpersonen nicht ausgeschlossen werden. Diese Zuordnung hat im Wesentlichen nur Folgen für die Gewichtung gegenläufiger Interessen bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Im Ergebnis kann neuen Eingriffsermächtigungen in Bezug auf das Bankgeheimnis nur der allgemeine Grundrechtsschutz durch das Übermaßverbot entgegengehalten werden, dessen Anforderungen im Folgenden näher zu untersuchen sind.

IV. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei präventiven Eingriffsbefugnissen

Da das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das Fernmeldegeheimnis und auch die Berufsfreiheit als Grundlage des Bankgeheimnisses auf Seiten der Banken unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt stehen, können verfassungsrechtliche Schranken für den Gesetzgeber im Bereich des Gefahrenabwehrrechtes nur aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip begründet werden. Gerade bei Vorsorgen aus dem Verhältnismäßigkeitskontrolle jedoch besonders problembeladen, da es schwierig ist, adäquate Maßstäbe zu entwickeln.⁴⁰ Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung hat hierzu erst wenige Ansatzpunkte geliefert.

³⁵ *Junker*, DSStR 1996, 224 ff., 225.

³⁶ *Papier/Dengler*, BB 1996, 2541 ff., 2545.

³⁷ *Papier/Dengler*, BB 1996, 2541 ff., 2545.

³⁸ *Canaris*, in: *Großkomm. HGB, Bankvertragsrecht*, Erster Teil, 4. Aufl., 1988, Rn. 36 f.

³⁹ BVerfGE 84, 239, 280.

⁴⁰ *Neumann* (Fn. 18), S. 133; zum Präventionsstaat bereits *Denninger*, KJ 1988, 1 ff.

Die Grundstruktur der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist bei Normen und bei Einzelmaßnahmen gleich.⁴¹ Unterschiede gibt es allerdings bei der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte, denn bei Zweifeln über die Einhaltung der Anforderungen haben die Gerichte die Präferenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zu respektieren.

Zunächst ist ein legitimer Zweck erforderlich, der mit dem Gesetz verfolgt wird. Bei seiner Definition kommt insbesondere dem parlamentarischen Gesetzgeber ein breiter politischer Gestaltungsspielraum zu.⁴² Niemand wird bestreiten, dass die Verhinderung von Terroranschlägen nicht nur ein legitimes, sondern sogar ein hochrangiges Ziel ist, denn es besteht eine grundsätzliche Handlungspflicht des Staates zum Schutz des Lebens bzw. der Gesundheit seiner Bürgerinnen und Bürger. Ihre Operationalisierung kann allerdings nicht unmittelbar aus dem Grundrecht des Art. 2 II 1 GG abgeleitet werden, sondern bedarf der gesetzgeberischen Konkretisierung.⁴³

Dann ist festzustellen, ob das gewählte Mittel zur Erreichung dieses Zweckes objektiv geeignet ist. Hierfür lässt es das Bundesverfassungsgericht ausreichen, dass eine gesetzgeberische Maßnahme »generell geeignet« ist,⁴⁴ dass die »abstrakte Möglichkeit der Zweckerreichung« besteht⁴⁵ bzw. dass die Maßnahme »nicht von vornherein untauglich« ist.⁴⁶ Dementsprechend wird das Erfordernis der Geeignetheit kaum jemals verletzt sein.⁴⁷ Bei den bestehenden wie bei zusätzlichen Informationsverarbeitungsbefugnissen der Sicherheitsbehörden kann man eine abstrakte Untauglichkeit nicht belegen.

Nicht erforderlich ist eine freiheitsbeschränkende gesetzliche Regelung, wenn einer Gefahr auch »mit weniger strengen Mitteln« entgegengetreten werden kann⁴⁸ oder die Ziele »durch mildere Maßnahmen« erreicht werden können.⁴⁹ Hierfür ist häufig eine Prognose über die Wirkungen verschiedener möglicher Mittel notwendig, die in den Spielraum der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative fällt.⁵⁰ Dazu fehlt es im Bereich der Gefahrenabwehr an griffigen Maßstäben. Auch Überwachungsmaßnahmen zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung sind bereits für zulässig erklärt worden.⁵¹ Wer wird ernsthaft behaupten wollen, dass z. B. eine massive Unterstützung des Wiederaufbaus und der Versöhnung in Afghanistan die Gefahr von Anschlägen mit hinreichender Sicherheit besser ausschließen würde? Nicht unwahrscheinlich ist zwar, dass der Verzicht auf die Beteiligung deutscher Truppen an militärischen Aktionen in islamischen Ländern künftige Risiken, Opfer von Anschlägen zu werden, mindern könnte, aber auch diese Verknüpfung von Außen- und Innenpolitik entbehrt einer hinreichenden Verlässlichkeit.

Die Prüfung der Angemessenheit oder Verhältnismäßigkeit i. e. S. verlangt eine Abwägung zwischen dem Gewicht des betroffenen Freiheitsrechtes und der Intensität des Eingriffes auf der einen Seite, der Bedeutung des Eingriffszweckes auf der anderen

41 Vgl. den Überblick bei *Michael*, JuS 2001, 148 ff.

42 *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 17. Aufl., 2001, Rn. 280.

43 Vgl. die Zusammenfassung bei *Groß*, JZ 1999, 326 ff., 330 ff. m. w. N.; s. a. den prominenten Einzelfall der *Schleyer-Entführung* BVerfGE 46, 160 ff.

44 BVerfGE 90, 145, 182.

45 BVerfGE 100, 313, 373.

46 BVerfGE 100, 313, 375.

47 So auch zur Schleierfahndung LVerfG MV, DÖV 2000, 71, 74; *Möllers*, NVwZ 2000, 383 ff., 385; zu diskriminierenden Nebenwirkungen vgl. *Herrnkind*, KJ 2000, 188 ff.

48 BVerfGE 17, 269, 279 f.

49 BVerfGE 21, 261, 269.

50 *Pieroth/Schlink* (Fn. 42), Rn. 287.

51 SächsVerfGH, DVBl. 1996, 1423, 1429.

Seite. Ihre rationale Ausgestaltung ist besonders schwierig.⁵² Aus dieser Problematik versucht sich das Verfassungsgericht ebenfalls durch die Anerkennung eines Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers zu retten, der je nach dem Gewicht des zu schützenden Grundrechts unterschiedlich weit gefasst wird.⁵³ Die Maßstäbe können also nur bereichsspezifisch bestimmt werden. Hier liegt der Ansatzpunkt für die Entwicklung besonderer Anforderungen an die Gesetzgebung im Bereich der Gefahrenabwehr.

2. Anforderungen an die Gesetzgebung zu präventiven Zwecken

Wenn der rechtsstaatliche Grundrechtsschutz nicht vor der Spirale immer neuer Freiheitsbeschränkungen im Namen der Sicherheit kapitulieren will, so müssen spezifische Pflichten des Gesetzgebers entwickelt werden, um die fehlenden Überprüfungsmöglichkeiten anhand materieller Kriterien zu kompensieren. Insbesondere im Bereich des Datenschutzes haben die Gerichte hierbei auf hohe Anforderungen an die Bestimmtheit der Eingriffsermächtigungen gesetzt. Daneben werden Schutzmechanismen insbesondere zur Kontrolle verdeckter Eingriffe verlangt. Im Einzelnen sind unterschiedliche Kombinationen der Regelungsinstrumente möglich, um den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu genügen.⁵⁴

a) Materielle Regelungspflichten des Gesetzgebers

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits im Volkszählungsurteil besonders betont, dass Beschränkungen des Rechtes auf informationelle Selbstbestimmung dem Gebot der Normenklarheit entsprechen müssen und die Verwendungszwecke der Daten bereichsspezifisch und präzise bestimmt werden müssen.⁵⁵ Diese Anforderungen gelten ebenso für Eingriffe in Art. 10 GG.⁵⁶ Letztlich können sie auf alle Grundrechte angewendet werden, die durch staatliche Informationsverarbeitungsmaßnahmen betroffen sein können. Diese Rechtsprechung hat eine umfangreiche Normierungstätigkeit der Gesetzgeber auf Bundes- und Landesebene ausgelöst.

Wichtig für die Operationalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist jedoch, dass nicht irgendeine gesetzliche Regelung ausreichend ist, sondern dass der rechtsstaatliche Begrenzungszweck nur erfüllt wird, wenn entsprechend der Schwere der Beeinträchtigung für unterschiedliche Arten von Eingriffen differenzierte materielle Schwellen definiert werden. Ein verhältnismäßiges Gesetz muss abgestufte Eingriffsintensitäten enthalten.⁵⁷ Jedenfalls dann, wenn die Überwachungsmaßnahmen auch Unbeteiligte betreffen, muss die Gefahrenlage hinreichend genau beschrieben werden, indem ein Katalog derjenigen Straftaten aufgestellt wird, zu deren Bekämpfung Informationen erhoben werden dürfen, um zu gewährleisten, dass Eingriffsbefugnisse im Gefahrenvorfeld Ausnahmevorschriften bleiben.⁵⁸ Diese Pflicht zur gestuften Normierung kann auch nicht dadurch ersetzt werden, dass für die Einzelfallent-

52 *Möllers*, NVwZ 2000, 383 ff., 385; grundsätzlich kritisch *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, passim.

53 *Kriele*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 5, 1992, § 110 Rn. 44 ff.

54 *Groß*, *BerLk-GG*, Art. 10 Rn. 38.

55 BVerfGE 65, 1, 44 ff.

56 BVerfGE 100, 313, 359 f.

57 BVerfGE 100, 313, 376; *SächsVerfGH*, DVBl. 1996, 1423, 1429; *LVerfG MV*, DÖV 2000, 71, 72; *Neumann* (Fn. 18), S. 156 f.; a. A. *BayVerfGH*, DVBl. 1995, 347, 348 f.

58 *LVerfG MV*, DÖV 2000, 71, 74 f.; *Neumann* (Fn. 18), S. 174.

scheidung das Kriterium der Erforderlichkeit als allgemeine Begrenzung für das Tätigwerden aufgenommen wird⁵⁹, denn dieser Maßstab ist nicht konkret genug. Soweit als Voraussetzung für die Rasterfahndung in einigen Bundesländern nur vage Anforderungen wie etwa durch die Verwendung der Begriffe »Straftaten von erheblicher Bedeutung« oder »Abwehr einer erheblichen Gefahr« gestellt werden, liegt eine unzureichende Präzisierung vor. Diese Eingriffsgrundlagen sind verfassungswidrig (s. o. II.2.).

b) Verfahrensrechtliche Regelungspflichten des Gesetzgebers

Angesichts der Schwierigkeiten der materiellen Begrenzung und insbesondere auch wegen der Tatsache, dass viele Datenerhebungsmaßnahmen geheim erfolgen müssen, um erfolgreich sein zu können, haben die Verfassungsgerichte mehrfach die Notwendigkeit verfahrensrechtlicher Sicherungen betont, die eine vom Betroffenen unabhängige Kontrolle ermöglichen.⁶⁰ Da es hierbei wesentlich auf die Intensität des Grundrechtseingriffs und die Frage, inwieweit nachträglicher Rechtsschutz vor den Gerichten möglich ist, ankommt, sind präzise Anforderungen kaum zu definieren. Welche Verfahren hierzu im Einzelnen gewählt werden, liegt deshalb im Ermessen des Gesetzgebers.⁶¹

Den wohl stärksten Schutz bietet die Einschaltung eines unabhängigen Gerichtes zur Bestätigung einer Anordnung. Verfassungsrechtlich vorgeschrieben ist der Richtervorbehalt nur bei Durchsuchungen und anderen Beschränkungen nach Art. 13 II–IV GG. Einfachgesetzliche Regelungen gibt es daneben aber auch in verschiedenen anderen Bereichen, z. T. auch für die Rasterfahndung (s. o. II.1.). Die bisherigen Erfahrungen in der Praxis mit der Kontrollschärfe bei Telefonüberwachungen sind allerdings nicht sehr ermutigend.⁶² Die ersatzweise Kontrolle durch eine unabhängige Kommission sollte eine auf den Anwendungsbereich von Art. 10 II 2 GG beschränkte Ausnahme bleiben.⁶³

Eine abgeschwächte Form unabhängiger Kontrolle aktiviert die obligatorische Einschaltung der Datenschutzbeauftragten, wie sie auch in einigen Fällen bei der Rasterfahndung vorgeschrieben ist. Diese können aufgrund der dadurch erhaltenen Informationen tätig werden und notfalls von ihrem Beanstandungsrecht Gebrauch machen. In einigen Gesetzen ist auch eine exekutivinterne Vorkontrolle vorgesehen, indem eine Anordnung nur durch die Behördenleitung möglich ist oder eine Zustimmung des Innenministeriums verlangt wird. Die Schutzwirkung dürfte allerdings deutlich schwächer sein als bei der Einschaltung eines unabhängigen Dritten.⁶⁴

3. Kompensation durch prozedurale Anforderungen an die Gesetzgebung?

Es gibt seit längerer Zeit einen Trend, aus dem Verwaltungsrecht bekannte Anforderungen an die Rationalität von Entscheidungsprozessen, die zu Einzelmaßnahmen führen, auf die Gesetzgebung zu übertragen. Solche prozeduralen Regeln sollen in

59 So aber SächsVerfGH, DVBl. 1996, 1423, 1428; kritisch *Roggan*, KJ 1997, 80 ff., 84 f.

60 BVerfGE 65, 1, 46; 100, 313, 361 f.; SächsVerfGH, DVBl. 1996, 1423, 1432 ff.

61 *Neumann* (Fn. 18), S. 186 f.; SächsVerfGH, DVBl. 1996, 1423, 1433.

62 Vgl. *Asbrock*, ZRP 1998, 17 ff.

63 Zur Kritik an dessen Billigung durch BVerfGE 30, 1 ff., nach wie vor lesenswert *Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG (Lsbl.), Art. 10 Rn. 36 ff.

64 Sehr kritisch *Neumann* (Fn. 18), S. 189 f.; s. a. SächsVerfGH, DVBl. 1996, 1423, 1436.

diesem Fall also nicht als Inhalt des Gesetzes eingeführt werden, sondern als Voraussetzung für den verfassungskonformen Erlass des Gesetzes selbst.⁶⁵ Sie wurden schon bisher von den Verfassungsgerichten auf Fälle angewandt, in denen ausnahmsweise Einzelentscheidungen in Gesetzesform erlassen werden. Beispiele sind Gesetze zur kommunalen Neugliederung mit ihren Ermittlungs-, Anhörungs- und Begründungspflichten,⁶⁶ zur Planfeststellung von Verkehrsprojekten⁶⁷ oder zum Abbau von Lehrkapazitäten an einer Hochschule.⁶⁸ In jüngster Zeit mehren sich verfassungsgerichtliche Entscheidungen, in denen in weiteren Fällen vergleichbare Anforderungen an Gesetze angelegt werden. So wurden etwa Regelungen über die 5%-Klausel im Kommunalwahlrecht wegen unzureichender Prüfung und Begründung⁶⁹ oder über den kommunalen Finanzausgleich wegen fehlender prozeduraler Sicherungen⁷⁰ aufgehoben. Das Bundesverfassungsgericht hatte bereits im Mitbestimmungsurteil die Ausschöpfung der zugänglichen Erkenntnisquellen durch den Gesetzgeber verlangt.⁷¹ Auch bei der Anwendung des neuen Art. 72 II GG stellen sich entsprechende Fragen.⁷²

Können diese Ansätze verallgemeinert werden? Ist es eine kluge Entscheidung, fehlende oder unscharfe materielle Maßstäbe zur Kontrolle des Gesetzgebers durch Anforderungen an das legislatorische Verfahren zu kompensieren? Sowohl im Grundgesetz wie in den Landesverfassungen fehlt jeder Anhaltspunkt für entsprechende Pflichten. Sie müssten aus den jeweiligen Einzelvorschriften, sei es den Grundrechten oder der ähnlich strukturierten kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, entwickelt werden können. Bedenken ergeben sich v. a. aus der Komplexität und der politischen Natur des Gesetzgebungsprozesses, dessen Rationalisierbarkeit aus der Natur der Sache heraus begrenzt ist.

a) Sachaufklärungspflichten

Es ist einer der Eckpfeiler eines rechtsstaatlichen Polizeirechtes, dass staatliche Maßnahmen, die in Rechte der Bürger eingreifen, grundsätzlich nur vorgenommen werden dürfen, wenn tatsächlich eine Gefahr vorliegt.⁷³ Dementsprechend ist Voraussetzung für den Erlass einer polizeilichen bzw. ordnungsbehördlichen Verordnung das Vorliegen einer abstrakten Gefahr.⁷⁴ Wird ein Sachverhalt zu Unrecht als gefährlich angesehen, so ist die Verordnung nichtig.⁷⁵ Dieses strenge Erfordernis ist die Ursache für die Probleme der Bundesländer, gesetzeskonforme Kampfhundeverordnungen zu erlassen.⁷⁶

Wenn nun zur Gefahrenabwehr nicht eine Verordnung eingesetzt wird, sondern der Gesetzgeber selbst tätig wird und neue Verbote oder Eingriffsermächtigungen schafft, muss man dann nicht ebenfalls verlangen, dass es hinreichende Erkenntnisse für das Vorliegen einer abstrakten Gefahr gibt?^{76a} Gäbe es eine solche Pflicht, könnte man angesichts der in der Einleitung geschilderten Erkenntnislage problematisieren,

65 Vgl. *Schwerdtfeger*, FS Ipsen, 1977, 173 ff., 188; *Mengel*, ZG 1990, 193 ff., 207.

66 BVerfGE 86, 90, 107 ff.; vgl. den Überblick bei *Trute*, JhbSächsOVG 3 (1995), S. 21 ff., 31 ff.

67 BVerfGE 95, 1, 23 ff.

68 OVG Berlin, NVwZ 1996, 1239 ff., 1242 f.

69 NWVerfGH, NVwZ 2000, 666 ff., 667 f.

70 StGH BW, DÖV 1999, 687 ff.; dazu *Hemecke*, ZG 1999, 256 ff.

71 BVerfGE 50, 290, 333 f.

72 Dazu *Calliess*, DÖV 1997, 889 ff.

73 Vgl. z. B. *Gusy*, Polizeirecht, 4. Aufl., 2000, Rn. 103 ff.

74 *Friauf*, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 1999, 2. Abschn. Rn. 190.

75 VGH BW, NJW 1984, 507 ff.

76 Dazu zusammenfassend *Gängel/Gansel*, NVwZ 2001, 1208 ff.

76a So zu Art. 8 GG *Breitbach*, Die Bannmeile als Ort der Versammlung, 1994, S. 128 ff.

dass belastbare tatsächliche Erkenntnisse für eine Veränderung der Sicherheitslage in Deutschland nach dem 11. 9. 2001 nicht vorliegen. Die öffentlichen Äußerungen der zuständigen Innenminister sind jedenfalls in dieser Hinsicht auffallend wolkig. In der Begründung des Entwurfs des Terrorismusbekämpfungsgesetzes findet sich lediglich ein einziger, denkbar allgemeiner Satz: »Niemand kann ausschließen, dass nicht auch Deutschland das Ziel solcher terroristischer Attacken wird.«⁷⁷

In der Tat fordern neben einigen bereits erwähnten Gerichtsentscheidungen⁷⁸ auch Stimmen in der Literatur, dass der Gesetzgeber die seinen Entscheidungen zugrunde liegenden Tatsachen aufbereiten muss.⁷⁹ Im Fall des Atomausstiegs soll dem Gesetzgeber sogar eine »Beweislast« auferlegt werden.⁸⁰ Als Adressat einer Ermittlungspflicht wird vorrangig auf den Verfasser des Gesetzentwurfes, regelmäßig also die Regierung, abgestellt.⁸¹

Der erste Einwand gegen ein entsprechendes Erfordernis beruht auf der Tatsache, dass Gesetze als abstrakt-generelle Regelungen auf Dauer angelegt sind. Würde man verlangen, dass eine abstrakte Gefahr vorliegt, so müsste man konsequenterweise ein Verfahren der periodischen Überprüfung fordern, ob eine entsprechende Lage nach wie vor besteht. Die Alternative, die im konkreten Fall des Terrorismusbekämpfungsgesetzes aufgrund eines politischen Kompromisses angewendet wird, ist die Befristung des Gesetzes, die das Parlament automatisch zu einer Überprüfung zwingt. In Hessen wird seit dieser Wahlperiode sogar die Geltungsdauer grundsätzlich aller Gesetze auf fünf Jahre befristet. Hier besteht eine Parallele zu Gefahrenabwehrverordnungen, deren Geltungsdauer ebenfalls begrenzt werden muss (vgl. z. B. § 79 HSOG).

Der Charme dieser Idee ist auf den ersten Blick groß. Wenn man sich allerdings die praktischen Auswirkungen vor Augen führt, so entstehen Bedenken. Wenn alle Gesetze befristet werden, so bedeutet das nichts anderes, als dass das jetzt amtierende Parlament die Tagesordnung seines Nachfolgers für die Zeit vor dem jeweiligen Ablauf der Befristung im voraus festzurrt. Wenn tatsächlich eine Überprüfung der Notwendigkeit der Regelungen stattfinden soll, so muss dieses Verfahren ähnlich aufwändig sein wie der erstmalige Erlass. Wo bleibt dann aber Zeit für neue Projekte und Probleme? Deswegen fällt die Prognose nicht schwer, dass vor Ablauf der Befristung in vielen Fällen eine routinemäßige Verlängerung ohne ernsthafte Überprüfung stattfinden wird. Ein trauriges Beispiel ist die Rumpregelung des § 12 FAG, deren Geltungsdauer mehrfach ohne inhaltliche Auseinandersetzung verlängert wurde.⁸²

Aber auch wenn nur einzelne, besonders situationsbezogene oder strittige Regelungen befristet würden bzw. in anderer Weise einer Überprüfung unterzogen würden, fehlt es bisher – zweiter Einwand – an brauchbaren Verfahrensmodellen. Es ist bekannt, dass in der Realität wesentliche Vorarbeiten für das Gesetzgebungsverfahren in der Ministerialbürokratie erfolgen.⁸³ Wenn es aber um eine kritische Überprüfung von Regelungen geht, die der Verwaltung selbst größere Befugnisse einräumen, so kommt leicht der Verdacht der institutionellen Befangenheit auf. Auch die Bemühungen zur Installierung einer Gesetzesfolgenabschätzung sind bisher nicht sehr weit

77 BR-Drs. 920/01, S. 79.

78 Vgl. oben Fn. 66–71.

79 *Schwerdtfeger*, FS Ipsen, 173 ff., 178 ff.; *Breuer*, Der Staat 1977, 21 ff., 40; *Gusy*, ZRP 1985, 291 ff., 296; ablehnend z. B. *Rinken*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung in der Verfassung des Freistaates Sachsen als Handlungs- und Kontrollnorm, 1999, S. 77 f.

80 *Schmidt-Preuß*, NJW 2000, 1524 ff., 1528.

81 *Mengel*, ZRP 1984, 153 ff., 158.

82 Vgl. dazu *R. Schenke*, AöR 125 (2000), 1 ff.

83 Vgl. zuletzt eindringlich *v. Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, 2000, S. 56 ff., 137 ff. u. ö.

gediehen.⁸⁴ Hier stellt sich letztlich das grundsätzliche Problem, wie neben dem laufenden Geschäft zusätzliche Kapazitäten für Überprüfungsverfahren geschaffen werden können.

Damit soll nicht bestritten werden, dass es höchst sinnvoll ist, wenn der Gesetzgeber Vorschriften auf der Grundlage einer möglichst umfassenden Ermittlung der Sachprobleme erlässt und sie auch regelmäßig überprüft. Man muss aber auch beachten, dass die kognitiven Fähigkeiten des Parlaments nicht überfordert werden und keine quantitativ unrealistischen Prüfungspflichten auferlegt werden. Der Gesetzgebungsprozess enthält immer auch ein nicht hintergebares voluntatives Element. Die Verfassungsgerichtsbarkeit würde ihre Funktion überspannen, wenn sie zu detaillierte Anforderungen an die Rationalität der Normsetzung stellen würde. Aus den Grundrechten kann nur abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber plausible Erwägungen zur Notwendigkeit einer Regelung anstellt, die nicht durch unstrittige wissenschaftliche Erkenntnisse widerlegt sind,⁸⁵ und dass in der Vergangenheit erlassene Regelungen unverhältnismäßig werden können, wenn ihr Zweck weggefallen ist.⁸⁶ Angesichts des völligen Fehlens konkreter Anhaltspunkte für eine Veränderung der Sicherheitslage in Deutschland liegt allerdings im konkreten Fall die Einschätzung nahe, dass eine tragfähige Grundlage für einige der geplanten Regelungen fehlt. Lediglich für das Bedürfnis einer stärkeren Kontrolle von Banken liegen wohl ausreichende Erkenntnisse dafür vor, dass deutsche Institute in Transaktionen im Zusammenhang mit terroristischen Aktivitäten eingeschaltet wurden. Auch eine Verschärfung von Sicherheitsüberprüfungen im Flugverkehr erscheint aufgrund vielfältiger Erkenntnisse, die aber nicht nur mit den jüngsten Anschlägen zu tun haben, als rechtfertigbar. Eine detaillierte Untersuchung aller Neuregelungen kann in diesem Rahmen nicht geleistet werden.

b) Begründungspflichten

Wenn man dem Gesetzgeber Aufklärungspflichten auferlegt, stellt sich als Folge die Frage, wie man ihre Erfüllung praktisch kontrollieren will. Das generelle Problem der Ermittlung des vom Gesetzgeber verfolgten Zweckes einer Regelung als Voraussetzung für jede Verhältnismäßigkeitsprüfung⁸⁷ verschärft sich hier erheblich. Wie will ein Verfassungsgericht feststellen, welche Vorstellungen einer Entscheidung eines Gesetzgebungsorgans, das aus zwei Kammern und einer Vielzahl einzelner Mitglieder besteht, zugrunde liegen?

Als Lösung wird dem Gesetzgeber zum Teil eine Begründungspflicht auferlegt. Während in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung eine entsprechende Anforderung bisher nur in seltenen Fällen gestellt wurde,⁸⁸ gibt es Stimmen in der Literatur, die eine generelle Begründungspflicht für Gesetze befürworten.⁸⁹ Hingewiesen wird hierbei auf die nach Art. 253 EG (ex Art. 190 EWGV) im Gemeinschaftsrecht auch für die normativen Rechtsakte Verordnung und Richtlinie bestehende

⁸⁴ Vgl. *Karpen*, AöR 124 (1999), 400 ff., 408 ff.; *Köck*, VerwArch 93 (2002), 1 ff. m. w. N.

⁸⁵ Ähnlich *Kloepfer*, VVDStRL 40 (1982), 63 ff., 91; zurückhaltend auch *Bülow*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1994, § 30 Rn. 55.

⁸⁶ Zur Korrekturpflicht bei Fehlprognosen vgl. *Stem*, FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, S. 1 ff., 33, mit Nachweisen in Fn. 184.

⁸⁷ Vgl. *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 516; *König*, in: Schreckenberger/König/Zeh (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, 1986, S. 96 ff., 100.

⁸⁸ Vgl. oben Fn. 66–69.

⁸⁹ *Lücke*, Begründungszwang und Verfassung, 1987, S. 214 ff.; *ders.*, ZG 2001, 1 ff.; *Schwerdtfeger*, FS Ipsen, S. 173 ff., 185; *Pestalozza*, NJW 1981, 2081 ff., 2086; v. *Arnim*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 326; ablehnd z. B. *Gusy*, ZRP 1985, 291 ff., 298; *H. Schneider*, Gesetzgebung, 2. Aufl., 1991, Rn. 130; *Britz*, Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, S. 294 f.

Begründungspflicht.⁹⁰ Auch gegen eine solche prozedurale Pflicht bestehen jedoch gravierende Bedenken.

Zunächst stellt sich das praktische Problem, wer als Autor für eine Gesetzesbegründung in die Pflicht zu nehmen ist. Häufig wird gedankenlos die Begründung eines Gesetzentwurfs, die nach § 76 II GOBT erforderlich ist,⁹¹ mit der Begründung des Gesetzes selbst gleichgesetzt. Zwar ist richtig, dass insbesondere Regierungsentwürfe in der Wirklichkeit des parlamentarischen Regierungssystems eine herausragende Rolle spielen und das Ergebnis weitgehend vorprägen.⁹² Andererseits ergibt sich aus dem Gewaltenteilungsprinzip, dass die Exekutive das Parlament nicht präjudizieren darf.⁹³ Selbstverständlich ist der Bundestag frei, im Verlauf der Beratungen nicht nur inhaltliche Änderungen vorzunehmen, sondern auch andere oder zusätzliche Erwägungen zur Begründung einer Vorschrift anzustellen. Für diese gibt es jedoch keine zuverlässige Dokumentation. Ausschussberichte und Reden im Plenum aus Anlass der Verabschiedung eines Gesetzes sind regelmäßig lückenhaft oder verdecken sogar absichtlich politische Kompromisse.⁹⁴ Regelungen, die erst aufgrund einer Einigung im Vermittlungsausschuss zustande kommen, erhalten dort gar keine Begründung, obwohl sie oft besonders wichtig sind. Schließlich stellt sich die Frage, welchen Stellenwert die Auffassung des Bundesrates im Verhältnis zu der des Bundestages haben soll.

Die einzige Lösung für dieses aus der Vielzahl der beteiligten Akteure folgende Dilemma wäre es, eine formelle Begründung zu fordern, die ihrerseits Gegenstand der parlamentarischen Beratung ist, z. B. wie im EG-Recht üblich, in der Form einer ausführlichen Präambel.⁹⁵ Allerdings zeigt sich schon bei einer genaueren Analyse der gemeinschaftsrechtlichen Praxis, dass es sich meist um relativ grobe Aussagen handelt, deren allgemeiner Charakter auch vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften toleriert wird.⁹⁶ Eine solche generelle Begründungspflicht könnte aber nur durch Verfassungsänderung eingeführt werden. Es würde die Kompetenz der Verfassungsgerichte eindeutig überspannen, dem Parlament eine so weitgehende Modifikation seines Verfahrens aufzuoktroieren.

Daneben gilt auch hier der bereits genannte Einwand, der die Rolle des Gesetzgebungsprozesses im Verfassungsgefüge betrifft. Auch wenn das Parlament in der Rechtsordnung des Grundgesetzes nicht souverän ist, sondern der Verfassung und der Kontrolle durch die Verfassungsgerichtsbarkeit unterworfen ist, enthält sein Entscheidungsprozess immer ein wesentliches voluntatives Element, das sich einer Rationalisierung entzieht.⁹⁷ Die Auswahl politischer Gestaltungsoptionen zu grundlegenden Problemen eines Gemeinwesens lässt sich nicht mit einer Einzelentscheidung einer Verwaltungsbehörde parallelisieren. Das parlamentarische Verfahren ist nicht mit einem Verwaltungsverfahren vergleichbar,⁹⁸ sondern wesentlich durch politische Faktoren gekennzeichnet, die sich zu einem Großteil nachträglichen ge-

90 Lücke (Fn. 89), S. 217; Redeker/Karpenstein, NJW 2001, 2825 ff.

91 Nach Lücke, in: Sachs (Hrsg.), GG, 2. Aufl., 1999, Art. 76 Rn. 7, handelt es sich um eine verfassungsrechtliche Pflicht.

92 Vgl. Bryde, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 3, 3. Aufl., 1996, Art. 76 Rn. 9; Eichenberger, VVDStRL 40 (1982), 7 ff., 29 ff.

93 Mengel, ZRP 1984, 153 ff., 156.

94 Vgl. Blankenburg, in: Schreckenberger/König/Zeh (Fn. 87), S. 109 ff., 110.

95 Rechtspolitisch befürwortend Hill, Einführung in die Gesetzgebungslehre, 1982, S. 79.

96 EuGHE 1957, 9, 37; 1986, 117, 146; Schweitzer/Hummer, Europarecht, 5. Aufl., 1996, Rn. 395; Schoo, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 253 EGV Rn. 4; Calliess, in: ders./Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 253 EGV Rn. 8.

97 Gusy, ZRP 1985, 291 ff., 298.

98 Schlaich, VVDStRL 39 (1981), 99 ff., 108.

richtlichen Kontrollbemühungen entziehen müssen, wenn die Demokratie lebendig bleiben soll.

Deshalb ist es nicht ein beklagenswertes Defizit, wenn das parlamentarische Verfahren weitgehend verfassungsrechtlich ungeordnet ist, sondern Ausdruck einer bewährten juristischen Selbstbescheidung. Dementsprechend muss sich die verfassungsgerichtliche Kontrolle auch zukünftig vorrangig auf den Inhalt eines Gesetzes beziehen.⁹⁹ Ausweichstrategien einer Prozeduralisierung der Kontrollmaßstäbe sind auf Ausnahmefälle wie etwa Einzelfallgesetze oder offensichtliche Willkürakte zu begrenzen. Es muss im Regelfall dem Gesetzgeber selbst überlassen bleiben, welches Maß an Rationalisierung er im Einzelfall für erforderlich hält.¹⁰⁰ Wenn er seine Motive nicht hinreichend erkennen lässt, so geht er freiwillig das Risiko ein, dass im Rahmen eines verfassungsgerichtlichen Verfahrens das Gericht ausreichende Zwecke vermisst oder selbst anhand der verfügbaren Materialien ermittelt.¹⁰¹ Nur das objektive Fehlen anzuerkennender Gründe führt zur Verfassungswidrigkeit.¹⁰² Mangels tatsächlicher Anhaltspunkte für eine aktuelle Gefahr ist aber sogar diese Bedingung bei Teilen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes erfüllt.

V. Fazit

Sowohl die Rasterfahndung als Einzelmaßnahme als auch die weitreichenden Gesetzesverschärfungen, die als Reaktion auf die Anschläge vom 11. 9. 2001 erlassen wurden bzw. noch in den Parlamenten auf Bundes- und Landesebene beraten werden, werfen eine Vielzahl verfassungsrechtlicher Probleme auf, denen bisher zu wenig Beachtung geschenkt wurde. Maßstab für eine kritische Überprüfung ist neben dem Fernmeldegeheimnis insbesondere das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, die beide einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegen, so dass Beschränkungen v. a. am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen sind. Das Bankgeheimnis ist auf Seiten der Banken dagegen durch Art. 12 GG geschützt, doch ergeben sich daraus keine wesentlichen Abweichungen.

Die Rasterfahndung beruht in vielen Bundesländern auf unzureichend konkretisierten gesetzlichen Vorschriften. Sie ist nur zulässig, wenn ihr Einsatz durch einen Straftatenkatalog oder vergleichbar präzise Gefahrendefinitionen begrenzt wird und wenn die Einbeziehung von Amts- und Berufsgeheimnissen ausdrücklich geregelt ist. Außerdem sind aufgrund der Heimlichkeit der Datenübermittlung prozedurale Sicherungen erforderlich. Soweit in den Ermächtigungsnormen eine gegenwärtige Gefahr verlangt wird, ist nicht zu erkennen, dass die vorhandenen Erkenntnisse diese Voraussetzung erfüllen. Erhebungen von Daten, die sich auf die Religionszugehörigkeit beziehen, für Zwecke der Rasterfahndung sind nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 III WRV ausnahmslos verboten.

Da Begrenzungen gesetzlicher Eingriffsermächtigungen in der Regel nur aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgeleitet werden können, ist dessen Operationalisierung erforderlich, ohne den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu sehr zu beeinträchtigen. Im Bereich der Gefahrenabwehr sind die traditionellen Prüfungs-

⁹⁹ So auch *Schlaich*, VVDStRL 39 (1981), 99 ff., 109; *Shapiro*, The University of Chicago Legal Forum 1992, 179 ff., 193.

¹⁰⁰ *Schulze-Fielitz* (Fn. 87), S. 519, fordert »rationale Transparenz«.

¹⁰¹ Vgl. *Zeb*, JbRSozRTh 13 (1988), S. 194 ff., 202 f.; kritisch zur Praxis *Mengel*, Gesetzgebung und Verfahren, 1997, S. 362.

¹⁰² So richtig BVerfGE 75, 246, 268.

schritte wenig ergiebig. Anerkannt ist jedoch die Notwendigkeit, nach der Intensität des Grundrechtseingriffs und der Bedeutung des Schutzgutes gestufte Eingriffsermächtigungen vorzusehen, die der einzelfallbezogenen Erforderlichkeitsprüfung vorgeht. Außerdem müssen in den Fällen, in denen der individuelle Rechtsschutz keine ausreichende Kontrolle garantiert, insbesondere bei heimlichen Maßnahmen, prozedurale Sicherungen vorgesehen werden, wie z. B. ein Richtervorbehalt.

Skepsis ist dagegen gegenüber Ansätzen zu einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebungsverfahrens geboten. Zwar könnte man in Parallele zu den Anforderungen an Gefahrenabwehrverordnungen den Nachweis des Vorliegens einer abstrakten Gefahr durch den Gesetzgeber fordern. Entsprechend wären auch Anforderungen an eine begleitende Überprüfung der Notwendigkeit der gesetzlichen Regelungen zu entwickeln. Hierbei kann jedoch leicht die Leistungsfähigkeit des Parlamentes überfordert werden. Die Verfassungsrechtsprechung sollte sich deshalb darauf beschränken, offensichtlich fehlerhafte Gefahrenanalysen und Prognosen zu beanstanden. Insbesondere kann dem Gesetzgeber keine den verwaltungsrechtlichen Anforderungen vergleichbare Begründungspflicht auferlegt werden.

Es ist zum Zeitpunkt des Abschlusses des Manuskripts noch nicht absehbar, ob die sicherheitspolitische Hysterie wieder abklingen wird oder ob sich doch Erkenntnisse über auch Deutschland betreffende terroristische Aktivitäten ergeben werden. Nach den vorliegenden Informationen fehlt es für einen großen Teil der Maßnahmen an einer hinreichenden Rechtfertigung. Dennoch sollte man keine zu großen Hoffnungen in die Grundrechte und damit in die Verfassungsgerichte setzen, um unverhältnismäßige Eingriffe zu verhindern. Eine Feststellung, dass der Gesetzgeber im Bereich der Gefahrenabwehr seinen Einschätzungsspielraum überschreitet, wird nur in Ausnahmefällen zu erwarten sein, zumal sich auch höchste Gerichte nicht ganz der Stimmung in der öffentlichen Meinung entziehen können. Umso wichtiger ist es, dass die Funktion der Grundrechte, Minderheiten zu schützen,¹⁰³ bereits im politischen Prozess geltend gemacht wird.

¹⁰³ Kutscha, JuS 1998, 673 ff.