

## TAGUNG

# Am offenen Herzen staatlicher Legitimation – zum Verhältnis von Sicherheit und Recht im Angesicht neuzeitlicher Bedrohungsszenarien

Tobias Brings-Wiesen und Frederik Ferreau\*

Seit 2015 veranstaltet der Verein „Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht“ (JuWiss) – als Ergänzung zu dem von ihm angebotenen JuWissBlog<sup>1</sup> – einmal jährlich eine Fachtagung zu wechselnden Themen unter dem Namen „JuWissDay“. Anlässlich des 40. Jahrestages des „Deutschen Herbstes“ von 1977 widmete sich der JuWissDay 2017 am 21. Oktober den rechtlichen Herausforderungen der Bekämpfung des Terrorismus in seinen aktuellen – und damit insbesondere internationalisierten – Erscheinungsformen. Über 70 TeilnehmerInnen aus Nachwuchswissenschaft und Praxis waren der Einladung nach Köln gefolgt und erlebten in den Räumlichkeiten der Fritz Thyssen Stiftung ebenso engagierte wie kontroverse Diskussionen über die Rolle des Rechts für die Gewährleistung von Sicherheit. Eine aktuelle Umfrage des Instituts für Demoskopie Allensbach belegt, wie sehr diese Frage die deutsche Bevölkerung bewegt: 57 Prozent der Befragten bejahten die Frage, ob zur Bekämpfung des Terrorismus schärfere Gesetze notwendig sind.<sup>2</sup> Der JuWissDay 2017 erinnerte daran, dass es hinsichtlich des „Ob“ und „Wie“ durchaus differenzierter Antworten bedarf.

In seiner Eröffnungsrede verband Tobias Brings-Wiesen die Einzelthemen der Veran-

### JuWissDay 2017 – 40 Jahre „Deutscher Herbst“: Neue Überlegungen zu Sicherheit und Recht

Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht e.V.

Unser herzlicher Dank gilt den FörderInnen des Arbeitskreises Europäische Integration e.V., die mit ihrem Beitrag die Veranstaltung in dieser Form erst ermöglicht haben.

Mit freundlicher Förderung der Fritz Thyssen  
Stiftung

21. Oktober 2017, Köln

#### Begrüßung & Einleitung

Tobias BRINGS-WIESEN, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Medienrecht, Universität zu Köln

#### Europäische Sicherheitsarchitektur: Ambivalenzen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

Felix KRÄMER, Professur für Öffentliches Recht,  
Justus-Liebig-Universität Gießen

Kommentar: Judith SIKORA, Professur für Öffentliches Recht, Philipps-Universität Marburg

Vorsitz: Tina WINTER, Hamburg

\* Tobias Brings-Wiesen, wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand, Institut für Medienrecht und Kommunikationsrecht der Universität zu Köln, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Medienrecht Professor Dr. Karl-E. Hain, Köln.

Dr. Frederik Ferreau, wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand, ebenda.

Der vorliegende Text ergänzt und vertieft den Bericht der Autoren: Sicherheit und Recht – neu austariert: Ein Rückblick auf den JuWissDay 2017, 14. November 2017, abrufbar unter: <http://www.juwiss.de/115-2017/> (letzter Zugriff: 6.2.2018). Die Referate des JuWissDay 2017 werden im Frühsommer 2018 als erster Band in der Reihe „Schriften der Jungen Wissenschaft im Öffentlichen Recht“ bei der Nomos Verlagsgesellschaft erscheinen.

1 Abrufbar unter <http://www.juwiss.de/>.

2 Frankfurter Allgemeine Woche, 1. Dezember 2017, Nr. 49, S. 5.

staltung mit einer historischen Rückschau auf die rechtlichen und rechtspolitischen Themen der RAF-Zeit. Er erinnerte an die offenbar gewordenen Defizite im informatorischen Austausch und in der Zusammenarbeit der Sicherheitsbehörden, insbesondere während der Entführung von Hanns Martin Schleyer, sowie an die fortwährende Diskussion über die Grenzen staatlicher Befugnisse in Ausnahmesituationen, die sich besonders um den Abhörskandal von Stuttgart-Stammheim und das Kontaktsperregesetz intensivierte. Dabei arbeitete er Parallelen zu den Fragestellungen der aktuellen Debatten heraus und verdeutlichte, dass sich trotz der faktischen Unterschiede der Bedrohungsszenarien heute und damals die Grundfrage nach der Rolle des Rechts für die Gewährleistung von Sicherheit weiterhin stellt. Zentral seien dabei weiterhin die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit sowie die Grenzen der Leistungsfähigkeit des Rechts.

#### *Die Funktion der supranationalen Ebene in der Sicherheitsarchitektur*

Im ersten Panel offenbarte *Felix Krämer* die Reformbedarfe der aktuellen europäischen Sicherheitsarchitektur. Er behandelte zunächst deren historische Entwicklung auf völkerrechtlicher und Unionsebene: angefangen von der Etablierung der rein intergouvernementalen Zusammenarbeit im Rahmen der „TREVI-Gruppe“ 1975 über die Etablierung des Schengen-Raumes bis hin zum Vertrag von Lissabon und dem Europol-Beschluss von 2009,<sup>3</sup> der Europol in den Rang einer EU-Agentur erhob. Die Sicherheitsarchitektur der Union leide unter dem „Gen-Fehler“, dass sie stets der tatsächlichen Bedrohungslage und der völkerrechtlichen Entwicklung hinterherhinke. Den primärrechtlichen Normen, welche Souveränitäts- bzw. Ordre-public-Vorbehalte zugunsten der Mitgliedstaaten statuieren,<sup>4</sup> stellte Krämer die Befugnisse der Union

#### **Wessen Freiheit? –**

##### **Auslandsnachrichtendienste und Grundrechte**

Timo SCHWANDER, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungswissenschaften, Kultur- und Religionsverfassungsrecht, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

*Kommentar:* Dr. Björn SCHIFFBAUER, Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht, Universität zu Köln

*Vorsitz:* Felix WÜRKERT, Professur für Öffentliches Recht, insb. Völkerrecht und Europarecht, Helmut-Schmidt-Universität, Hamburg

##### **Gespräch: Sicherheitsanforderungen bei polizeilichen Großlagen**

Jürgen ROTERS, Oberbürgermeister a.D. der Stadt Köln

Dr. Jörg Frederik FERREAU, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Medienrecht, Universität zu Köln

##### **Vortrag: Sicherheit und Recht in der anwaltlichen Praxis**

Dr. Ludger GIESBERTS, LL.M., Leiter Litigation & Regulatory, Partner, DLA Piper, Köln

##### **Sicherheit im Tausch gegen Selbstbestimmtheit? Ein Plädoyer für das Grundprinzip der Transparenz**

Ass. iur. Maria WILHELM, Institut für Europäisches Verwaltungsrecht, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

*Kommentar:* Ass. iur. Mirka MÖLDNER, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

*Vorsitz:* Dr. Sebastian PIECHA, FernUniversität in Hagen

##### **Abschiebung von Schutzbedürftigen bei Straffälligkeit und Terrorismusverdacht**

Elisabeth KATH, LL.M., Institut für Europarecht und Völkerrecht, Universität Innsbruck

*Kommentar:* Dr. Carsten HÖRICH, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

*Vorsitz:* Matthias FRIEHE, Professur für Staats- und Verwaltungsrecht, Philipps-Universität Marburg

3 Beschluss des Rates vom 6. April 2009 zur Errichtung des Europäischen Polizeiamtes (Europol) (2009/371/JI), in: Amtsblatt der EU, Nr. L 121/37 vom 15. Mai 2009, S. 37ff.

4 Art. 4, 72 und 73 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

zur Errichtung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts inklusive polizeilicher Zusammenarbeit gegenüber.<sup>5</sup> Die darin zum Ausdruck kommende Ambivalenz zwischen nationalen und unionalen Befugnissen müsse künftig durch eine stärkere Verzahnung beider Ebenen überwunden werden. So sei es denkbar, dass EU-Institutionen nicht auf eine die mitgliedstaatlichen Stellen unterstützende Informationsgewinnung beschränkt, sondern im Verbund mit nationalen Sicherheitsbehörden auch operativ tätig werden. Vor dieser Zielvorstellung wertete Krämer das starre Beharren auf nationaler Souveränität als überholt.

Judith Sikora bewertete die zunehmende Zentralisierung von Sicherheitskompetenzen auf EU-Ebene in ihrem Kommentar kritischer. Es bestehe noch immer große Intransparenz bezüglich des Handelns der EU-Sicherheitsorgane, was deren gerichtliche, parlamentarische und öffentliche Kontrolle erschwere. Die Delegation von Kompetenzen auf EU-Agenturen werfe Fragen nach ihrer hinreichenden demokratischen Legitimation auf.<sup>6</sup> Nach wie vor sei unklar, welche Befugnisse der Union im Bereich des Sicherheitsrechts überhaupt zustehen. Zu Recht befürchteten die Mitgliedstaaten einen „Kompetenzsog“ hin zur EU. Einer Zentralisierung durch die EU seien aber bereits durch den dezentralen Charakter des Polizeirechts Grenzen gesetzt. Die Union könne allenfalls die operativen Befugnisse der Mitgliedstaaten etwa mittels Informationsgewinnung ergänzen.

In der anschließenden Diskussion wurden insbesondere Zweifel an einer hinreichenden demokratischen Legitimation der europäischen Sicherheitsarchitektur geäußert. Krämer erblickte einen zusätzlichen Legitimationsstrang in einer gleichberechtigten operativen Zusammenarbeit zwischen nationalen und europäischen Sicherheitsbehörden.

#### **Renaissancen des Ausnahmezustands – Terrorismusbekämpfungsrecht im „Deutschen“ und „Französischen Herbst“**

Dr. Tristan BARCZAK, LL.M., Institut für öffentliches Recht und Politik, Westfälische Wilhelms-Universität Münster; Bundesverfassungsgericht, Karlsruhe

*Kommentar:* Dr. Benjamin RUSTEBERG, Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie, Universität Freiburg

*Vorsitz:* Dr. Anika KLAFKI, Lehrstuhl Öffentliches Recht IV – Öffentliches Recht, Verwaltungswissenschaften und Rechtsvergleichung, Bucerius Law School, Hamburg

#### **Abschlussvortrag: Das Bundesverfassungsschutzgesetz als Mittel der Terrorismusbekämpfung – gestern, heute, morgen**

Stefanie ALFES, Leiterin des Referats nationale und internationale Rechtsfragen, Bundesamt für Verfassungsschutz, Köln

#### **Nachrichtendienste außer (grundrechtlicher) Kontrolle?**

Die Fragen hinreichender Legitimation und rechtlicher Kontrolle stellen sich indes auch auf nationaler Ebene und wurden im zweiten Panel exemplarisch am andauernden Dissens über die Grundrechtsbindung des Bundesnachrichtendienstes (BND) bei der „Ausland-Ausland-Überwachung“ behandelt. *Timo Schwander* stellte zunächst die Rechtsauffassung der Bundesregierung und des BND vor. Demnach seien die Grundrechte des Grundgesetzes (GG) und namentlich Art. 10 GG für die fernmeldetechnische Abhörung (G10-Gesetz) nur auf Sachverhalte mit Inlandsbezug anwendbar, also im Falle der Betroffenheit von InländerInnen oder wenn Start- und/oder Endpunkt der Kommunikation in Deutschland liegen. Hingegen unterliege die reine „Ausland-Ausland-Überwachung“ weder dem Fernmeldegeheimnis noch den zu

5 Art. 67 und 87 AEUV.

6 Siehe an die Diskussion zur Frage der Kontrollmöglichkeiten Europol angesichts aktueller Änderungen von deren Rechtsrahmen anknüpfend Felix Krämer: Europol 3.0: Blackbox oder „viel hilft viel“?, 16. November 2017, abrufbar unter: <http://www.juwiss.de/117-2017/> (letzter Zugriff: 6.2.2018).

dessen einfachgesetzlicher Effektivierung im Inland geltenden strengen Anforderungen des G10-Gesetzes. Letztlich stand hinter dem konkreten Thema des Panels die allgemeine Frage nach der extraterritorialen Geltung der Grundrechte des Grundgesetzes. Schwander bejahte diese Frage: Weder aus dem Wortlaut des Grundgesetzes noch aus dem Völkerrecht lasse sich eine Beschränkung der Geltung der Grundrechte auf das deutsche Hoheitsgebiet ableiten. Nicht überzeugend sei auch die Einordnung der Tätigkeit der Nachrichtendienste als nichtgrundrechtsgebundenes Handeln von Privaten, da die BND-MitarbeiterInnen evident in hoheitlicher Funktion handelten. Maßgeblich für eine Erstreckung der Grundrechte auf Auslandssachverhalte sei Art. 1 Abs. 3 GG: Dieser verdeutliche, dass der Grundrechtsschutz mit jeder Form der Ausübung von Staatsgewalt korreliert – und zwar unabhängig vom Ort der Ausübung. Aus diesem Zwischenergebnis folgte Schwander, dass die Normen zur „Ausland-Ausland-Überwachung“ in den §§ 6 ff. BND-Gesetz nicht den Anforderungen des nunmehr geltenden Art. 10 GG entsprächen und folglich verfassungswidrig seien.

*Björn Schiffbauer* nahm die vorherigen Ausführungen zum Anlass für grundlegende Überlegungen zur Geltung der deutschen Grundrechte und griff hierzu auf die Jellinek'sche Drei-Elemente-Lehre von Staatlichkeit zurück: Ausgehend vom Element des „Staatsvolks“ führe die dem Grundgesetz eigene Systematik von Deutschen- und Jedermanns-Grundrechten dazu, die Geltung von Art. 10 GG nicht nur auf Deutsche zu beschränken. Auch aus dem Element „Staatsgebiet“ lasse sich keine Beschränkung des Grundgesetzes auf das deutsche Territorium ableiten: Zwar könne eine Beschränkung der Geltung des Grundgesetzes durchaus aus Art. 25 GG und dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und damit aus dem völkerrechtlichen Interventi-

onsverbot abgeleitet werden, nur könne hieraus nicht gefolgert werden, dass der grundrechtliche status negativus nicht bei der „Ausland-Ausland-Überwachung“ gelte. Schließlich erblickte Schiffbauer in der Tätigkeit der Nachrichtendienste im „virtuellen Raum“ auch die Ausübung von „Staatsgewalt“, was jedenfalls einer Erstreckung der Grundrechte auf Auslandssachverhalte nicht entgegenstehe. Stimmte also Schiffbauer mit der These Schwanders über die Geltung der Grundrechte in Auslandssachverhalten überein, bezweifelte er abschließend jedoch, dass jede Form der Fernmeldeüberwachung durch Nachrichtendienste sogleich einen Grundrechtseingriff darstellt, und verwies hierzu auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Kennzeichen-Überwachung<sup>7</sup>.

#### *Omnipräsent und unterbesetzt – Funktionsfähigkeit der Polizei in Zeiten moderner Großlagen*

Im Anschluss an das zweite Panel kam mit dem ehemaligen Oberbürgermeister und Polizeipräsidenten der Stadt Köln, *Jürgen Roters*, erstmals ein Akteur aus der praktischen Sicherheitsarbeit zu Wort. Im Gespräch mit *Frederik Ferreau* zu den polizeilichen Herausforderungen bei Großlagen schilderte Roters zunächst seine persönliche Wahrnehmung der Studentenbewegung und der zunehmenden Radikalisierung bis hin zur Entstehung der RAF. Zur Erläuterung der Herausforderung von Großlagen für die Polizeitätigkeit verwies Roters auf die in seiner Zuständigkeit erfolgte Ausrichtung des G8-Gipfels 1999 in Köln: Hierzu sei sehr frühzeitig eine spezifische Aufbauorganisation unter Einbeziehung aller Sicherheitsbehörden errichtet worden. Entscheidend sei auch die Entwicklung einer einheitlichen Einsatzphilosophie gewesen, welche alle Akteure hätten verinnerlichen müssen. Mit Blick auf den kürzlich in Hamburg ausgetragenen G20-Gipfel fügte er an, bei aller Zurückhaltung in der Bewertung der

7 BVerfG, Urteil vom 11. März 2008 – 1 BvR 2074/05, 1 BvR 1254/07 –, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 120, 378.

getroffenen Vorkehrungen aus der Distanz habe er den Eindruck gewonnen, Politik und Sicherheitsbehörden seien diese Aufgabe nicht mit der notwendigen Ernsthaftigkeit angegangen. Unter den heutigen Rahmenbedingungen sei es nicht mehr anzuraten, zukünftige Gipfeltreffen dieses Ausmaßes inmitten von Metropolen durchzuführen. Auf die Frage, ob die rechtlichen Befugnisse der Polizei noch der heutigen Sicherheitslage angemessen sind, antwortete Roters, das entscheidende Problem liege nicht in der Gesetzgebung, sondern im Gesetzesvollzug: Die Polizei sei aufgrund der Vielzahl von Großlagen völlig überlastet. Um die BeamtInnen zu entlasten, schlug er vor, bestimmte Veranstaltungsformen wie Fußballbundesliga-Spiele verstärkt durch private Sicherheitskräfte auch im öffentlichen Raum zu begleiten.

Gerade letztgenannter Vorschlag wurde in der anschließenden Diskussion aufgegriffen und mit Blick auf das staatliche Gewaltmonopol kritisch hinterfragt. Roters präzierte, dass solche im öffentlichen Raum eingesetzten privaten Sicherheitskräfte freilich vom Staat beiliegen und zertifiziert werden müssten.

### *Ein Mehr an Überwachung erfordert ein Mehr an Transparenz*

Im dritten Panel stellte *Maria Wilhelm* fest, dass angesichts neuer Bedrohungsszenarien das Bedürfnis der Menschen nach einem starken Staat zugenommen hat. Zugleich seien dank gewachsener technischer Möglichkeiten eine stärkere Konzentration auf den Bereich der Gefahrforschung und eine einhergehende Ausweitung sicherheitsbehördlicher Überwachungsbefugnisse zu verzeichnen. Den regulatorischen Reaktionen auf die Bedrohungen sei jedoch ein hohes Maß an Intransparenz inhärent, dem de lege lata nur unzureichend begegnet werde: Auskunftsrechte Betroffener<sup>8</sup> liefen de facto ins Leere, weil gegen sie gerichtete Maßnahmen verdeckt erfolgten. Effektiver Rechtsschutz werde erschwert, weil

die Funktionsweisen sicherheitsbehördlicher Tätigkeit nicht nachvollgezogen werden könnten. Letztlich ginge dies zulasten der Selbstbestimmung der Individuen und führe gerade in der digitalen Welt zu einer Beschränkung von Autonomie und Partizipation. Zur Lösung dieser Probleme präsentierte Wilhelm ein im Rahmen ihrer Promotion entwickeltes, abgestuftes Transparenzmodell, das der besseren Analyse relevanter Bewertungsfaktoren diene und die staatlichen Regulierer zukünftig zur Berücksichtigung eines Mindestmaßes an notwendiger Transparenz zur Stärkung der individuellen Selbstbestimmung bewegen soll. Auf Grundlage der für die Abwägung zwischen Selbstbestimmung und Sicherheit relevanten Faktoren bestimmte Wilhelm vier Grundtypen sicherheitsbehördlicher Maßnahmen. Hinsichtlich der Eingriffsintensität unterschied sie zwischen Maßnahmen gegenüber Individuen/der Allgemeinheit im privaten/öffentlichen Bereich unter Zugriff auf (an Dritte) freiwillig/unfreiwillig zur Verfügung gestellte Daten. Für jeden Typus formulierte sie einen (Mindest-)Standard an Transparenzanforderungen, wie beispielsweise Pflichten zur allgemeinen oder nachträglichen Auskunft über erfolgte Maßnahmen.

*Mirka Möldner* befürwortete, dass Wilhelm in ihrem Modell in Abkehr von der in Rechtsprechung und Wissenschaft genutzten Sphärensystematik, die Eingriffe in die Intim- und Privatsphäre des Individuums traditionell als gravierender erachtet als Eingriffe in dessen Sozialsphäre, Datenzugriffen im öffentlichen Bereich eine stärkere Intensität zumaß. In Zeiten von „big data“ könne ein solches Umdenken bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes notwendig sein. Zugleich bezweifelte Möldner jedoch, dass Transparenzpflichten im Falle flächendeckender und massenhafter Überwachung im öffentlichen Raum überhaupt ein geeignetes Mittel sein können, um Selbstbestimmung zu gewährleisten. Generell warnte sie davor,

8 Wie z.B. in § 22 BND-Gesetz und § 15 Bundesverfassungsschutzgesetz (BVerfSchG).

Transparenz als Kompensationsmechanismus für Eingriffe in Persönlichkeitsrechte zu erachten. Insofern sei dem Staat vielmehr weiterhin durch Rechtfertigungsanforderungen Einhalt zu gebieten.

In der anschließenden Diskussion verdeutlichte Wilhelm, dass sie den öffentlichen Bereich heute wegen verschiedener neuer Mechanismen der Verhaltenssteuerung für besonders relevant erachtet. Die ZuhörerInnen hinterfragten kritisch, ob die Aussagekraft des Merkmals einer Freiwilligkeit der Weitergabe von Daten nicht überschätzt wird. Sowohl die Indienstnahme Privater für hoheitliche Zwecke – wie beispielsweise im Falle der Fluggastdatenspeicherung – als auch faktische Über-Unterordnungsverhältnisse zwischen Privaten – wie beispielsweise im Falle von monopolartigen Strukturen im Onlinebereich (Facebook, Google), bei denen wegen der Alternativlosigkeit des Angebots das Interesse am Schutz der eigenen Daten gegenüber dem Wunsch nach Partizipation vermehrt zurückgestellt wird – zeigten, dass die Frage der Freiwilligkeit eine komplexe Bewertung erfordert. Diskutiert wurde überdies, ob es sich bei nicht wahrnehmbaren Maßnahmen im öffentlichen Bereich – wie der automatischen Kennzeichenerfassung – überhaupt um Grundrechtseingriffe handelt und ob Transparenz nicht bisweilen in kontraproduktiver Weise erst Einschüchterungseffekte auszulösen vermag. Zuletzt wurde aus dem Publikum darauf hingewiesen, dass es im Bundesverfassungsgericht aktuell Bestrebungen gebe, die persönlichkeitsrechtsrelevanten Grundrechtsnormen auf nationaler und unionaler Ebene in ihrer Wirkung anzugleichen.

#### *Das Migrationsrecht als taugliches Mittel zum Schutz vor GefährderInnen?*

In Zeiten internationaler Bedrohungen und zunehmender Migrationsbewegungen avan-

ciert für viele Staaten auch das Migrationsrecht zum Mittel der Terrorismusbekämpfung. Elisabeth Kath analysierte, ob es dem deutschen Gesetzgeber gelungen ist, mit den §§ 58a und 60 Abs. 8 Satz 3 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) probate rechtliche Grundlagen zum Umgang mit GefährderInnen zu schaffen. Sie wies darauf hin, dass § 58a AufenthG bereits im Jahr 2005 Eingang in das deutsche Aufenthaltsrecht gefunden, indes lange Zeit kaum praktische Relevanz hatte. Sie ging kritisch auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Vorschrift und deren Auslegung durch das Bundesverwaltungsgericht<sup>9</sup> sowie deren Bestätigung durch das Bundesverfassungsgericht<sup>10</sup> ein. Besonderen Diskussionsbedarf sah sie im Hinblick auf die zeitliche Vorverlagerung und die qualitative Absenkung der Gefahrenprognose hinsichtlich des Merkmals der „hinreichend konkretisierten Gefahr“. Letztlich kam sie zu dem Schluss, dass das mit diesen Vorschriften verfolgte gesetzgeberische Ziel der Befriedigung des Sicherheitsbedürfnisses der Bevölkerung bereits ganz überwiegend unter Heranziehung anderer Ausweisungs- und Abschiebungsvorschriften des Aufenthaltsgesetzes erreicht werden könne, wegen der menschenrechtlichen Abschiebungsverbote jedoch häufig allgemein unerreichbar ist. Besonders zu bedenken gab Kath, dass es selbst bei Durchgreifen dieser Normen tatsächlich nur zu einer geographischen Verlagerung, nicht aber zur Abwehr einer Gefahr komme.

Carsten Hörich stellte fest, dass in Bezug auf diesen Themenkomplex in der politischen und gesellschaftlichen Öffentlichkeit oftmals zwei Rechtsfragen in unzulässiger Weise vermengt werden. Es müsse strikt zwischen der Entziehung der Aufenthaltsberechtigung und der eigentlichen Aufenthaltsbeendigung unterschieden werden. Erstere zeige gerade, dass der Staat – selbst wenn er eine Abschiebung nicht vollziehen kann – kein „zahnloser Ti-

9 Siehe insbesondere BVerwG, Beschluss vom 21. März 2017 – 1 VR 1.17 –, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2017, 1057, und Beschluss vom 31. Mai 2017 – 1 VR 4.17.

10 BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 24. Juli 2017 – 2 BvR 1487/17 –, NVwZ 2017, 1526; Nichtannahmebeschluss vom 26. Juli 2017 – 2 BvR 1606/17 –, NVwZ 2017, 1530.



ger“ sei. Die mit der Entziehung einhergehende Herabstufung des Aufenthaltsstatus auf eine bloße Duldung<sup>11</sup> bringe bereits gravierende Konsequenzen wie ein Beschäftigungsverbot, die Kürzung von Sozialleistungen sowie eine Residenzpflicht mit sich. Zuletzt gab Hörich zu bedenken, dass die Vorschriften die wichtige Frage, wer für eine (Re-)Sozialisierung Radikalisierten verantwortlich ist, in oberflächlicher Manier nur über das formale Kriterium der Staatsangehörigkeit beantworten.

In der anschließenden Aussprache diskutierten die Anwesenden insbesondere über den Status der Duldung, deren menschenrechtliche Bewertung und kontraproduktive Wirkung auf Radikalisierte. Es bestand weitgehend Einigkeit darüber, dass das Aufenthaltsrecht keine probaten Mittel zur Terrorismusbekämpfung bietet. Hörich und Kath plädierten im Gegenteil für mehr Ehrlichkeit in der Debatte. Die rechtsstaatlichen Grenzen und die Unmöglichkeit der Gewährleistung absoluter Sicherheit müssten offen kommuniziert werden. Den Gefahren des Extremismus und der Radikalisierung müsse mit ausreichend finanzierten Präventions- und Resozialisierungsprojekten begegnet werden.

#### *Die Gefahr eines dauerhaften gesetzlichen Ausnahmezustands*

Im letzten Panel wurde die Rolle des Gesetzgebers zur Gewährleistung von Sicherheit noch einmal einer grundlegenden Betrachtung unterzogen. *Tristan Barczak* konstatierte, dass der Ausnahmezustand als normatives Prinzip in der heutigen Zeit eine Renaissance erlebe, seine Erscheinungsform jedoch nicht mehr durchgehend den traditionellen Vorstellungen einer bloß temporären Lossagung von verfassungsrechtlichen Grundwerten entspreche. Die Grenze des Zulässigen werde nicht mehr ad hoc und vorübergehend, son-

dern dauerhaft und nachhaltig verschoben. Dies zeige sich am Beispiel der aktuellen Sicherheitsgesetzgebung in Frankreich und Deutschland<sup>12</sup>. Zunehmend würden hierin Ausnahmebefugnisse statuiert, die jedoch nicht länger das Vorliegen einer die staatliche Existenz bedrohenden Ausnahmesituation voraussetzten. So werde ein „antizipierter Ausnahmezustand“ Teil des rechtlichen Normalzustands. *Barczak* charakterisierte dieses Phänomen als „Ausnahmezustand im Präventionsstaat des 21. Jahrhunderts“ und plädierte dafür, diese Entwicklung zu begrenzen. Als eine erste Idee schlug er vor, Ausnahmebefugnisse zukünftig unter einen parlamentarischen Anwendungsvorbehalt zu stellen. Er wies jedoch darauf hin, dass jeder Versuch einer Begrenzung der Schwierigkeit begegne, die Ausnahmebefugnisse von den notwendigen und sinnvollen Fortentwicklungen der Rechtsordnung zu unterscheiden. Im Wege der historischen und internationalen Rechtsvergleichung oder der Identifikation von Kodifizierungen des Aufopferungsgedankens könne eine Bestimmung von Ausnahmebefugnissen indes gelingen.

*Benjamin Rusteberg* trat der Annahme entgegen, dass im Bereich des Sicherheitsrechts, konkreter in der personenbezogenen Prävention, die notwendige Abgrenzung zwischen Ausnahme- und Normalzustand zu leisten ist. Auch in der gegenwärtigen Situation sei kein Bruch, sondern eine konsequente Fortführung der Entwicklungslinien dieses Rechtsgebiets zu erkennen. Es fehle weiterhin an einer notwendigen Auseinandersetzung mit der Dogmatik des Rechts der personenbezogenen Prävention, aus der sich sinnvoll Grenzen staatlicher Eingriffsbefugnisse dieser Art ableiten ließen. Darüber hinaus bezweifelte *Rusteberg*, dass ein parlamentarischer Anwendungsvorbehalt zu befriedigenderen Ergebnissen führen könnte. Dem Parlament sei es

11 Vgl. § 60a AufenthG.

12 Zu den aktuellen Vorschlägen für eine Verschärfung des Polizeigesetzes Baden-Württemberg *Judith Sikora*: Antiterrorkampf in Grün – Der Entwurf für eine Änderung des Polizeigesetzes Baden-Württemberg, 23. November 2017, abrufbar unter: <http://www.juwiss.de/121-2017/> (letzter Zugriff: 6.2.2018).

auch bisher nicht schwergefallen, das eigene Handeln zu rechtfertigen.

### *Der unvollständige „Werkzeugkasten“ des Verfassungsschutzes*

Als zweite Praktikerin legte zum Abschluss der Tagung *Stefanie Alfes* die Sichtweise des Bundesamtes für Verfassungsschutz (BfV) dar und erläuterte zunächst die Entwicklung des Bundesverfassungsschutzgesetzes anhand historischer Wegmarken: Kaum ein anderes Gesetz sei so sehr durch aktuelle politische Geschehnisse geprägt. Mit jeder Änderung der Sicherheitslage seien die rechtlichen Grundlagen des BfV weiterentwickelt worden: von bloßen organisatorischen Regelungen in den 1950er Jahren über erste Befugnisse zur Zeit der RAF bis hin zur Ermächtigung des Einsatzes von V-Leuten im Jahre 2015. Auch aktuelle Herausforderungen machten erneute Änderungen erforderlich. Alfes benannte eine Reihe von Aspekten, die ihrer Ansicht nach der rechtlichen Klärung bedürfen: etwa die Definition des Begriffs der „freiheitlich-demokratischen Grundordnung“ in § 4 BVerfSchG im Nachgang zum NPD-Verbotsurteil des Bundesverfassungsgerichts,<sup>13</sup> die Möglichkeit zur Speicherung von Daten über Minderjährige oder die Strafbarkeit von V-Leuten. Daneben plä-

dierte sie für die Erweiterung der Befugnisse des BfV. Ohne Werkzeuge wie Online-Durchsuchung oder Vorratsdatenspeicherung seien Erkenntnislücken vorprogrammiert. Die Befugnisse müssten stets an die aktuelle Sicherheitslage angepasst werden. Nur so könne das BfV frühzeitig Terroranschläge aufklären und verhindern.<sup>14</sup>

Erwartungsgemäß wurden in der anschließenden Diskussion Bedenken geäußert, ob die dynamische Anpassung des verfassungsschutzrechtlichen „Werkzeugkastens“ nicht zu einer fortwährenden Beschränkung von Grundrechten führt. Alfes wies etwa bezüglich der Online-Durchsuchung darauf hin, dass das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber aufgezeigt habe, wie eine grundrechtskompatible Online-Durchsuchung aussehen könnte.<sup>15</sup>

Im Vergleich zum Zeitalter des RAF-Terrorismus bilden heute Globalisierung und Digitalisierung die neuen Herausforderungen für den Staat bei der Austarierung von Sicherheit und Freiheit. Der JuWissDay 2017 hat sich ihnen gestellt und in intensiven Diskussionen unter reger Beteiligung des Publikums und Einbeziehung der Praxis Problemfelder identifiziert und Lösungen formuliert.

13 BVerfG, Urteil vom 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13 –, BVerfGE 144, 20.

14 Siehe zu den Befugnissen des BfV auch Maximilian Banzhaf: Der unbestimmte Aufgabenbereich des Bundesamts für Verfassungsschutz, 15. November 2017, abrufbar unter: <http://www.juwiss.de/116-2017/> (letzter Zugriff: 6.2.2018).

15 Vgl. dazu BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 –, BVerfGE 120, 274; zu den Befugnissen des Bundeskriminalamtes aktueller BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 –, BVerfGE 141, 220.