

# Die Anti-Terrorismugesetzgebung in Deutschland und den USA

-

Eine rechtsvergleichende Betrachtung unter besonderer  
Berücksichtigung der informationellen Privatsphäre

## **Inaugural-Dissertation**

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte  
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen  
Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von Thomas Himmelmann  
aus Dortmund

Dekan:  
Prof. Dr. Ingo Saenger

Berichterstatter:  
Prof. Dr. Christian Walter (Erstgutachten)  
Prof. Dr. Bodo Pieroth (Zweitgutachten)

Tag der mündlichen Prüfung:  
22. Juli 2014

*Meinen Eltern*

*Sometimes, a democracy must fight with one hand tied behind its back. Nonetheless, it has the upper hand. Preserving the rule of law and recognition of individual liberties constitute an important component of its understanding of security. At the end of the day, they strengthen its spirit and strength and allow it to overcome its difficulties.*

*(Aharon Barak)*

## Inhaltsverzeichnis:

I.	Einleitung .....	7
II.	Die Anti-Terrorismusgesetzgebung in den USA .....	9
A.	Geschichtliche Entwicklung bis zum 11. September 2001 .....	9
1.	Einleitende Bemerkungen .....	9
2.	Bedrohungsszenarien zur Zeit des zweiten Weltkrieges nach Pearl Harbor - die Internierung japanischstämmiger Amerikaner .....	10
a)	Der Generalverdacht gegen japanischstämmige Amerikaner nach Pearl Harbor .....	10
b)	Korematsu v. United States (1944) .....	12
c)	Coram Nobis (1984) .....	15
d)	Civil Liberties Act (1988) .....	17
3.	COINTELPRO und die Rolle des FBI .....	18
4.	Terroristische Anschläge der 1980er und 1990er Jahre .....	22
a)	1988: Pan Am Flight 103 (Lockerbie Bombing) .....	22
b)	1993: Anschlag auf das World Trade Center .....	23
c)	1998: Anschlag auf amerikanische Botschaften in Afrika .....	24
5.	11. September 2001 .....	25
6.	Abschließende Bemerkungen .....	27
B.	Die sicherheitspolitischen Reaktionen nach dem 11. September .....	28
1.	Überblick über die Parlamentsgesetze .....	28
2.	Überblick über die Executive Orders .....	29
3.	Gegenstand der weiteren Darstellung .....	30
4.	Der USA PATRIOT Act .....	30
a)	Einleitende Bemerkungen .....	30
b)	Die Strafverfolgungsbehörden - Überwachungskompetenzen .....	31
(1)	Einleitende Bemerkungen .....	31
(2)	Bestehende Gesetzeslage - status quo ante .....	32
(a)	Entwicklung zum Kapitel III Omnibus Crime Control and Safe Streets Act .....	32
(b)	Überwachung laufender Telekommunikation .....	32
(c)	Gespeicherte Inhalte .....	33
(d)	Informationen über die äußeren Umstände der Telekommunikation - Pen/Trap Orders .....	33
(3)	Veränderungen durch den P. Act .....	34
(a)	Überwachung laufender Telekommunikation .....	34
(b)	Gespeicherte Inhalte .....	35
(c)	Informationen über die äußeren Umstände der Telekommunikation - Pen/Trap Orders .....	36
(4)	Weitere Kompetenzerweiterungen .....	38
(5)	Veränderungen durch den „Improvement and Reauthorization Act“ (2005) .....	39
c)	Kompetenzen nach dem FISA (Geheimdienste) .....	39
(1)	Einleitende Bemerkungen .....	39
(2)	"a significant purpose" Sec. 218 P. Act .....	41
(a)	Die Separierung von Geheimdiensten und Strafverfolgungsbehörden (das Trennungsgebot) .....	41
(b)	Veränderungen durch Sec. 218 P. Act .....	42
(3)	Gültigkeitsdauer einer Anordnung nach FISA .....	47
(4)	Roving Wiretaps .....	47
(a)	Bisherige Rechtslage .....	47

(b)	Veränderungen durch den P. Act .....	48
(5)	Pen/Trap Order unter FISA .....	49
(6)	Informationsteilung .....	50
(7)	Die Einbindung Dritter, National Security Letters .....	52
(8)	Rechtsschutz und Revision durch den FISC .....	55
(9)	Die dem P. Act folgenden Änderungsgesetze zum FISA .....	55
d)	Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung .....	57
(1)	Straftatbestände .....	58
(2)	Informationsgewinnung .....	59
(3)	Vermögenseinziehung .....	60
e)	Grenzschutz, Ausländerrecht und Alien Terrorists .....	63
(1)	Allgemeines/Organisatorisches .....	63
(2)	Informationssammlung .....	64
(3)	Detention .....	64
f)	Das materielle Strafrecht .....	66
g)	Sonstige Regelungen .....	68
(1)	Belohnungen .....	68
(2)	Einsatz des Militärs im Innern .....	68
(3)	Educational Records .....	69
(4)	Verjährung .....	69
(5)	Extraterritoriale Anwendbarkeit des Strafrechts, Opfersatisfaktion .....	69
(6)	Stärkung institutioneller Kapazitäten .....	70
5.	Die Military Commissions .....	71
a)	Einleitende Bemerkungen .....	71
b)	Die Military Order vom 13. November 2001 .....	72
(1)	Eckpunkte der Military Order .....	72
(2)	Wesentliche Kritikpunkte .....	76
c)	Hamdan v. Rumsfeld (2006) .....	79
(1)	Einleitende Bemerkungen .....	79
(2)	Sachverhalt .....	80
(3)	Begründung .....	81
(4)	Zusammenfassung .....	84
d)	Der Military Commissions Act 2006 .....	85
e)	Abschließende Bemerkungen / Kritik .....	87
6.	Die Aufnahme der Terrorismusgesetzgebung als Ganzes .....	88
a)	P. Act .....	88
b)	Military Commissions .....	89
7.	Gegenstand der weiteren Untersuchung .....	90
III.	Die Anti-Terrorismusgesetzgebung in Deutschland .....	90
A.	Die RAF Gesetzgebung .....	90
1.	Historische Einordnung .....	90
a)	Die außerparlamentarische Opposition in der Bundesrepublik der 1960er Jahre .....	90
b)	Die RAF und der deutsche Herbst - ein Überblick .....	92
(1)	Die ersten Anschläge .....	92
(2)	Die erste Generation der RAF .....	93
(a)	Ursprung und Struktur .....	93
(b)	Wirken aus der Haft .....	93
(c)	Das Jahr 1977 .....	94
(3)	Die zweite Generation der RAF .....	95
(4)	Die dritte Generation der RAF .....	95
(5)	Auflösung der RAF .....	96

(6) Gegenstand der weiteren Darstellung .....	96
2. Änderungen im Strafverfahrensrecht .....	96
a) Zwölftes Strafrechtsänderungsgesetz vom 16. Dezember 1971 .....	97
b) „Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts“ (1. StVRG) vom 9. Dezember 1974 .....	97
c) „Ergänzungsgesetz zum ersten Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts“ vom 20. Dezember 1974 (1. StVRErgG) .....	98
(1) Der Verteidigerausschluss nach den §§ 138 a ff. StPO .....	98
(a) Entstehung und Ausgestaltung des Verteidigerausschlusses .....	98
(b) Kritik am Verteidigerausschluss .....	100
(c) Abschließende Bemerkungen .....	104
(2) Höchstzahl der Verteidiger und Verbot der Mehrfachverteidigung, §§ 137, 146 StPO .....	105
(3) Durchführung der Hauptverhandlung ohne den Angeklagten, § 231 b StPO 105	
(4) Sonstiges .....	106
d) Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung, des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Bundesrechtsanwaltsordnung und des Strafvollzugsgesetzes vom 18. 8. 1976 (Änderungsgesetz 1976) .....	106
(1) Haftgrund der Schwerekriminalität, § 112 Abs. 3 StPO .....	107
(2) Die Überwachung des schriftlichen Verteidigerverkehrs, §§ 148, 148 a StPO 109	
(a) Ausgestaltung der Überwachung .....	109
(b) Kritik an der Überwachung .....	110
(c) Exkurs: Überwachung der mündlichen Kommunikation mit dem Verteidiger .....	112
e) Das Kontaktsperregesetz .....	112
(1) Einleitenden Bemerkungen .....	113
(2) Der Kontaktsperrebeschluss des BGH vom 23. September 1977 .....	114
(a) Hintergrund und Inhalt des Kontaktsperrebeschlusses .....	114
(b) Kritik am Kontaktsperrebeschluss .....	116
(c) Stellungnahme .....	118
(3) Die §§ 31 bis 38 EGGVG .....	119
(4) Überprüfung durch das BVerfG .....	121
f) Das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 14. 4. 1978 (StPO- Änderungsgesetz 1978) .....	124
(1) Erweiterung der Durchsuchungsbefugnisse, §§ 103, 105, 108 StPO .....	124
(a) Ausgestaltung der Durchsuchungsbefugnisse .....	124
(b) Kritik an der Ausgestaltung der Durchsuchungsbefugnisse .....	126
(c) Stellungnahme .....	126
(2) Kontrollstellen und Identitätsfeststellung .....	127
(a) Ausgestaltung der Kontrollstellen .....	127
(b) Datenverwertung durch die Kontrollstellen .....	128
(c) Identitätsfeststellung .....	130
3. Änderungen im materiellen Strafrecht .....	131
a) Allgemeines .....	131
b) Gewaltverherrlichung und Anleitung zu Straftaten .....	131
(1) Gewaltverherrlichung .....	132
(2) Anleitung zu Straftaten .....	132
c) Die Bildung einer terroristischen Vereinigung .....	134
d) Sonstige Änderungen .....	136

B.	Die Gesetzgebung nach dem 11. September 2001 (Anti-Terror-Paket I+II)	137
1.	Das erste Anti-Terror-Paket	138
a)	Das Religionsprivileg	138
b)	§ 129 b StGB	140
2.	Das zweite Anti-Terror-Paket	140
a)	Einleitende Bemerkungen	140
b)	Erweiterung der Kompetenzen der Geheimdienste	141
(1)	Bundesamt für Verfassungsschutz	141
(a)	Allgemeine Ausrichtung der Kompetenzerweiterungen	141
(b)	Die Änderungen im Einzelnen	144
(2)	MAD und BND	149
c)	Das Sicherheitsüberprüfungsgesetz	150
d)	Das BKA-Gesetz	151
e)	Die Erweiterungen im Luftverkehrsgesetz	152
f)	Veränderungen im Ausländerrecht	153
(1)	Einleitende Bemerkungen	153
(2)	Zentrale Zielsetzungen der Änderungen im Ausländerrecht	153
(3)	Verhinderung des Missbrauchs des Flüchtlingsstatus	154
(4)	Weitere Änderungen	157
g)	Personaldokumente	159
IV.	Ein erster Vergleich der gesetzgeberischen Reaktionen	161
A.	Allgemeines	161
B.	Historischer Hintergrund	162
C.	Reichweite der Änderungen	164
1.	„Systemrelevanz“	164
2.	Systemrelevante Änderungen	165
a)	War on Terror / Military Commissions	165
b)	Kontaktsperre	167
c)	Parallelen und andere Änderungen mit Systemrelevanz	168
3.	Änderungen mit schleichender Systemrelevanz	168
a)	Das Trennungsgebot in den USA	168
b)	Das Trennungsgebot in Deutschland	169
c)	Vergleich der Änderungen in Bezug auf das Trennungsgebot	170
d)	Kritik	174
4.	Technische Anpassungen ohne Systemrelevanz	174
V.	Die Grundrechtsrelevanz im Vergleich	175
A.	Typischerweise betroffene Grundrechtsgruppen	175
B.	Erwägungen für die Auswahl des Rechts auf informationelle Privatsphäre bzw. des Right to Information Privacy und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung	177
C.	Recht auf informationelle Privatsphäre / Right to Information Privacy / Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	177
1.	Einleitende Bemerkungen	178
2.	Exkurs: Grundrechtssystematik in den USA	178
a)	Allgemeines	179
b)	Freiheits- und Gleichheitsgrundrechte	181
c)	State Action	182
d)	Drittwirkung	182
e)	Inkorporationsdebatte	182
f)	Grundrechtsberechtigte	183
g)	Verfassungsgerichtliche Überprüfungsmaßstäbe	183
(1)	Rational basis test	184

(2)	Strict scrutiny test.....	184
(3)	Intermediate level of scrutiny.....	185
3.	Ausprägung des Rechts auf den Schutz der informationellen Privatsphäre.....	186
a)	Schutz der (informationellen) Privatsphäre in den USA.....	186
(1)	Einleitung.....	186
(2)	Das Right to Privacy nach Warren und Brandeis.....	189
(3)	Die Entwicklung des Right to Privacy in der Rechtsprechung des Supreme Court unter der Due Process Clause.....	192
(4)	Der Schutz persönlicher Informationen.....	194
(a)	Schutz persönlichkeitsbezogener Daten im Rahmen der Rede- und Assoziationsfreiheit.....	194
(b)	Der Schutz unter Due Process Clause - Whalen v. Roe.....	196
(c)	Der Schutz unter dem Vierten Zusatzartikel.....	198
(i)	Einleitende Bemerkungen.....	198
(ii)	Olmstead v. United States.....	199
(iii)	Katz v. United States - Reasonable Expectation of Privacy.....	201
(iv)	Folgen.....	204
(v)	Der Vierte Zusatzartikel und das Right to Information Privacy.....	205
(d)	Diskussion in der Literatur.....	206
(i)	Westin - Privacy and Freedom.....	206
(ii)	Tribe.....	208
(iii)	Eberle - The Right to Information Self-Determination.....	210
(5)	Zusammenfassung: Das Grundrecht auf den Schutz der informationellen Privatsphäre in den USA.....	212
b)	Vergleich mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung.....	214
(1)	Einleitende Bemerkungen.....	214
(2)	Vergleich der Grundlagen des Rechts auf den Schutz der Privatsphäre in Deutschland und den USA.....	215
(a)	Grundlagen im Verfassungstext.....	215
(b)	Entwicklungen in Fortbildung des Verfassungstextes - der Persönlichkeitsschutz.....	216
(c)	Das Deliktsrecht als Ausgangspunkt.....	217
(d)	Zwischenergebnis.....	218
(3)	Vergleich des informationellen Privatsphäreschutzes.....	218
(a)	Entwicklung und Schutzniveau.....	219
(b)	Zwischenergebnis.....	222
(c)	Versuch einer Erklärung für die Entwicklung in den USA.....	223
(d)	Kritik.....	227
4.	Konkrete Beeinträchtigungen durch die Anti-Terrorismugesetzgebung.....	228
a)	Erwägungen für die Auswahl der Bereiche.....	228
b)	Das Verhältnis zwischen Geheimdiensten und Strafverfolgungsbehörden.....	229
(1)	USA.....	230
(2)	Vergleich mit Deutschland.....	232
c)	Erweiterung der Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden.....	234
(1)	USA.....	235
(2)	Vergleich mit Deutschland.....	236
d)	Veränderungen im Ausländerrecht.....	237
(1)	USA.....	237
(2)	Vergleich mit Deutschland.....	238
e)	Einbindung Dritter.....	241
(1)	USA.....	241

(2) Vergleich mit Deutschland.....	245
f) Ergebnis des Vergleichs .....	247
VI. Schlussbetrachtung.....	250
Literaturverzeichnis:.....	255
Anhang: Ausgewählte Zusatzartikel der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika	275

## **I. Einleitung**

Der internationale Terrorismus konfrontiert den in Deutschland und den USA etablierten Rechtsstaat mit bisher nicht gekannten Problemen. Die vorliegende Arbeit macht es sich zur Aufgabe, den Umgang mit diesen Problemen in beiden Ländern anhand der Anti-Terrorismusgesetzgebung insbesondere nach dem 11. September 2001 miteinander zu vergleichen. Dabei soll nicht jede einzelne Norm, die als Antwort auf terroristische Bedrohungen geschaffen wurde, analysiert werden. Vielmehr stehen im Mittelpunkt dieser rechtsvergleichenden Abhandlung die grundsätzlichen methodischen Herangehensweisen in beiden Systemen.

Die Hinzuziehung und genauere Betrachtung der RAF Gesetzgebung in Deutschland als Vorgänger der Anti-Terrorismusgesetzgebung nach dem 11. September 2001 war nach der Überzeugung des Verfassers zur Verbesserung der Vergleichbarkeit beider Gesetzgebungsmaterien erforderlich. Der Grad der Gefährdung für die Funktionsfähigkeit der staatlichen Einrichtungen in der Bundesrepublik war zu den Hochzeiten des deutschen Herbstes wesentlich akuter als nach den Anschlägen des 11. September 2001. Der Grad der Bedrohung ausgehend von terroristischen Strukturen kann für die Ausprägung sicherheitspolitischer Antworten jedoch von besonderer Relevanz sein. Daher ist die RAF Gesetzgebung unter diesem Aspekt eher vergleichbar mit der Anti-Terrorismusgesetzgebung in den USA nach dem 11. September 2001.

Der Vergleich der deutschen mit der amerikanischen Anti-Terrorismusgesetzgebung in dieser Arbeit kann notwendig nur punktuell Parallelen und Unterschiede in dem Umgang mit terroristischen Bedrohungen in den beiden Rechtssystemen aufzeigen. Hierbei soll zum einen eine Betrachtung des großen Ganzen erfolgen. Dafür werden die Gesetzgebungswerke überblickartig mit einer Schwerpunktsetzung auf die Beeinträchtigungen des Rechts auf Privatsphäre inklusive der Rezeption in Rechtsprechung und Literatur dargestellt. Im Rahmen dieser Darstellung wird bereits zu der Reichweite der durch die Anti-Terrorismusgesetzgebung herbeigeführten Änderungen Stellung genommen. Es wird herausgearbeitet, wie kritisch die jeweilige Modifikation in Bezug auf deren Eingriffsintensität in die Grundrechte der Betroffenen sowie in rechtsstaatliche Grundsätze zu beurteilen sind. Dies geschieht in Teil II und III dieser Arbeit.

Daran anschließend wird anhand der Reichweite der dargestellten gesetzgeberischen Änderungen eine erste vergleichende Betrachtung vorgenommen. Es wird anhand des Begriffs der „Systemrelevanz“ eine Kategorisierung der durch die Anti-Terrorismusgesetzgebung herbeigeführten Änderungen vorgenommen. Von Interesse ist hierbei vor allem, inwieweit man einzelnen gesetzgeberischen Maßnahmen eine nachhaltige Auswirkung auf die Sicherheitsarchitektur sowie auf verfassungsrechtliche Grundsätze in beiden Ländern bescheinigen kann. Es wird erläutert, aufgrund welcher Eigenschaften und in welchem Umfang eine sicherheitspolitische Maßnahme im Zuge der Anti-Terrorismusgesetzgebung in Deutschland und den USA nachhaltig strukturverändernde Auswirkungen im jeweiligen Rechtssystem hat. Anhand dieser Klassifizierung kann aufgezeigt werden, welche etablierten rechtsstaatlichen Grundsätze der Gesetzgeber bereit ist zu opfern, um sicherheitspolitischen Bestrebungen zum Durchbruch zu verhelfen. Dies geschieht in Teil IV dieser Arbeit.

Der Vergleich der beiden Gesetzgebungswerke soll letztlich anhand eines konkreten Grundrechts weitergeführt werden. Es wird das Recht auf informationelle Privatsphäre als ein Grundrechtsbereich in den Fokus genommen, der durch die weitestgehend technisierte Terrorismusbekämpfung besonders von den gesetzgeberischen Maßnahmen betroffen ist. Für diesen Vergleich wird zunächst das verfassungsrechtliche Schutzniveau der informationellen Privatsphäre in Deutschland und den USA beleuchtet und miteinander verglichen. Es werden in der Entwicklung eines Grundrechts auf informationelle Privatsphäre Parallelen und Unterschiede hervortreten, die unterschiedliche Schutzniveaus in Deutschland und den USA in diesem Bereich zur Folge haben. Daran anschließend werden beispielhaft vier thematische Bereiche der Anti-Terrorismusgesetzgebung ausgewählt und hinsichtlich ihres Beeinträchtigungspotentials auf die informationelle Privatsphäre miteinander verglichen. Es wird erörtert, ob und inwieweit das unterschiedliche grundrechtliche Schutzniveau Rückschlüsse auf die Auswirkungen der Anti-Terrorismusgesetzgebung in Bezug auf die informationelle Privatsphäre zulassen. Dies geschieht in Teil V dieser Arbeit.

Für die grundsätzliche Einordnung der Anti-Terrorismusgesetzgebung in Deutschland und den USA werden diese vor der Darstellung der Gesetzgebungswerke historisch eingeordnet. Hierbei werden die sicherheitspolitischen Reaktionen der BRD sowie der USA in jüngster bzw. jüngerer Geschichte berücksichtigt. Nur so kann eine sinnvolle und reflektierte Betrachtung der Anti-Terrorismusgesetzgebung in Deutschland und den USA stattfinden.

## II. Die Anti-Terrorismusgesetzgebung in den USA

### A. Geschichtliche Entwicklung bis zum 11. September 2001

#### I. Einleitende Bemerkungen

Die USA hatten bereits mit verschiedenen Bedrohungsszenarien umzugehen und damit die nationale Sicherheit mit dem Schutz individueller Freiheiten in Einklang zu bringen. Diese historischen Parallelen zu der heute akuten Bedrohung durch den radikalen Islamismus sind in vielerlei Hinsicht erörterungsbedürftig. Es soll in dieser geschichtlichen Einordnung vor allem vor Augen geführt werden, ob und wenn ja wie sich bereits bekannte Verhaltensmuster vorausgegangener Regierungen in der heutigen Terrorismusgesetzgebung wiederholen. Es können im Folgenden nicht sämtliche Szenarien dargestellt werden, in denen eine solche Bedrohung aus Sicht der amtierenden Regierungen bestand. Im Folgenden sollen daher die im Schrifttum immer wieder zur vergleichenden Betrachtung mit der heutigen Terrorismusgesetzgebung herangezogenen historischen Beispiele kurz dargelegt werden.

Zu diesen gehört zum einen - nicht wegen der besonderen Vergleichbarkeit der Bedrohungslage, sondern vielmehr wegen der besonders bemerkenswerten Reaktion des amerikanischen Staatsapparates - die Verfolgung japanischstämmiger Amerikaner nach dem verheerenden Angriff der japanischen Luftwaffe auf den U.S. Stützpunkt Pearl Harbor zu Zeiten des zweiten Weltkrieges am 7. Dezember 1941.<sup>1</sup>

Weiterhin wird das sog. COINTELPRO (Counter Intelligence Program) des „Federal Bureau of Investigation“ (FBI) als historisches Beispiel für den Umgang mit sicherheitspolitischen Krisensituationen - vor allem mit Blick auf die gesetzgeberischen und die exekutiven Reaktionen auf diese Krisen - gesehen.<sup>2</sup> Hier nutzten Geheimdienste und Ermittlungsbehörden ihre Kompetenzen zur Ausforschung vermeintlich subversiver Strömungen in der amerikanischen Gesellschaft.

---

<sup>1</sup> Vgl. Less, Steven, Country Report on the USA, in: Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty? Walter/Vönecky/Röben/Schorkopf (Hrsg.) (Springer, Berlin/Heidelberg, 2004) S. 64ff.

<sup>2</sup> Less, Steven S. 639; Saito, Natsu T., Whose Liberty? Whose Security? The USA PATRIOT Act in the Context of COINTELPRO and the Unlawful Repression of Political Dissent, in: OREGON LAW REVIEW (2002) 81 Or. L. Rev. 1051ff.

Schließlich ist es zur historischen Einordnung des 11. September 2001 erforderlich, diejenigen vorausgegangenen terroristischen Anschläge zu beleuchten, welche als näher zusammenhängend mit der Gestalt der Anschläge vom 11. September bewertet werden. Einige repräsentative Beispiele der 1980er und 1990er Jahre sollen näher betrachtet werden. Dazu gehört der im Jahre 1988 gewalttätig hervorgerufene Absturz der Maschine „Pan Am Flight 103“, der erste Anschlag auf das World Trade Center im Jahre 1993, wie auch die synchron verübten Bombenanschläge auf mehrere amerikanische Botschaften in Afrika 1998.<sup>3</sup>

Im Anschluss werden die Anschläge vom 11. September 2001 in Kürze dargestellt. Sie stellen die - wie aufgezeigt nicht die isoliert zu betrachtende - Grundlage der sicherheitspolitischen Reaktionen der amerikanischen Regierung dar.

## **2. Bedrohungsszenarien zur Zeit des zweiten Weltkrieges nach Pearl Harbor - die Internierung japanischstämmiger Amerikaner**

### ***a) Der Generalverdacht gegen japanischstämmige Amerikaner nach Pearl Harbor***

Nach Japans Angriff auf die in Pearl Harbor (Insel O'ahu, Hawaii, Vereinigte Staaten) stationierte US Amerikanischen Flotte am 7. Dezember 1941 war die USA endgültig in den zweiten Weltkrieg eingetreten. Der Großteil der japanischstämmigen Amerikaner lebte zu dieser Zeit an der Westküste der USA, vor allem im Bundesstaat Kalifornien. Von dieser Bevölkerungsgruppe besaßen ebenfalls ein Großteil (ca. 60 %) die amerikanische Staatsbürgerschaft.<sup>4</sup> Der Angriff auf Pearl Harbor führte zu der Internierung von ca. einhundertzehntausend japanischstämmiger Einwohner. Diese wurden in sog. „War Relocation Camps“ - dürftig ausgestattete, einfachste Lager - untergebracht und dort bis zum Ende des zweiten Weltkrieges festgehalten. Ihre Häuser und Grundstücke wurden

---

<sup>3</sup> Vgl. *Harvard Law Review*, Notiz der Redaktion, RESPONDING TO TERRORISM: CRIME, PUNISHMENT, AND WAR, in: *Harvard Law Review* (2002) 115 *Harv. L. Rev.* 1217. ff.

<sup>4</sup> *Lyon*, Paul, THE PRESIDENTIAL INTERNMENT POWER ESTABLISHED BY THE 1942 INTERNMENT OF AMERICANS SUSPECTED OF DISLOYALTY *San Joaquin Agricultural Law Review* (2003) 13 *SJALR* 23; *The War Relocation Authority and The Incarceration of Japanese Americans During World War II: 1948 Chronology*, [www.trumanlibrary.org](http://www.trumanlibrary.org) (zuletzt besucht am 10. 11. 2010).

konfisziert.<sup>5</sup> Es reichte ein geringfügiger Verstoß gegen die öffentliche Ordnung aus, um inhaftiert zu werden.

Tatsächlicher Grund für die Internierung war eine tief verwurzelte Skepsis der amerikanischen Bevölkerung und Politik gegenüber den japanischstämmigen Mitbürgern, welche sich infolge des verheerenden Angriffs der japanischen Luftstreitkräfte auf Pearl Harbor Bahn brach.<sup>6</sup> Auch wenn viele der in Amerika lebenden Japaner sich als Amerikaner fühlten und auch die amerikanische Staatsbürgerschaft besaßen, waren sie dennoch dem Generalverdacht der Beteiligung an einer bevorstehenden Großoffensive Japans gegen die amerikanische Westküste ausgesetzt.<sup>7</sup> Dies rührte nicht zuletzt aus der besonderen Konzentration japanischer Einwanderer im Westen der USA her. Hier verursachten die Japaner im Bereich der Landwirtschaft eine neue Konkurrenzstruktur für die bereits eingesessenen amerikanischen Landwirte.<sup>8</sup>

Insgesamt wurde nach dem Angriff auf Pearl Harbor sowie nach dem Zwischenfall auf der hawaiianischen Insel Niihau, auf der unmittelbar nach dem Angriff auf Pearl Harbor ein japanisches Militärflugzeug abstürzte, die Loyalität der Japaner (bzw. der japanischstämmigen Amerikaner) in den USA in Frage gestellt. In diesen wurde eine allgemeine Bedrohung gesehen.<sup>9</sup>

Die Basis für die Einrichtung der militärischen Zonen, in denen die Internierungslager aufgebaut waren, findet sich in einer Verordnung des damaligen Präsidenten Franklin D. Roosevelt vom 19. Februar 1942.<sup>10</sup> Der Präsident der Vereinigten Staaten ist nämlich nicht nur das Staatsoberhaupt im repräsentativen Sinne und der Kopf der Regierung, sondern auch der oberste Militärbefehlshaber (Commander in Chief).<sup>11</sup> Die Verordnung Nr. 9066 wurde in dem berühmten Fall *Korematsu v. United States* aus dem Jahre 1944 einer höchstrichterlichen Untersuchung zugeführt. Die Instanzgerichte hatten gegenüber den vielfältigen

---

<sup>5</sup> Lyon, Paul S. 35; The War Relocation Authority and The Incarceration of Japanese Americans During World War II: 1948 Chronology. [www.trumanlibrary.org](http://www.trumanlibrary.org); (zuletzt besucht am 10. 11. 2010); WWII INTERNMENT TIMELINE. <http://www.children-of-the-camps.org/history/timeline.html> (zuletzt besucht am 2.8.2013).

<sup>6</sup> Lyon, Paul S. 23 ff.

<sup>7</sup> Ebenda.

<sup>8</sup> Leggett, John C., in: *Berberoglu, Berch* (Hrsg.) *Labor and Capital in the Age of Globalization: The Labor Process and the Changing Nature of Work in the Global Economy* (Rowman & Littlefield, 2001) S. 87, 90 f.

<sup>9</sup> Stellungnahme von DeWitt, John L. House Naval Affairs Subcommittee to Investigate Congested Areas. Part 3 S. 739-40 (78th Cong., 1st Sess. am 13. April 1943) zitiert in *Korematsu v. United States* 323 U.S. 214 (1944).

<sup>10</sup> Executive Order 9066, abrufbar unter

<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=74&page=transcript> (zuletzt besucht am 12.8.2013).

<sup>11</sup> Hay, Peter, *US-Amerikanisches Recht* (C.H. Beck, München, 5. Auflage 2011) Rn. 50A.

Rechtsgesuchen im Zusammenhang mit den Internierungen nur eine uneinheitliche Rechtsprechungspraxis hervorgebracht. Vor *Korematsu v. United States* war lediglich der Fall *Hirabayashi v. United States* (1943) bis zum Supreme Court gelangt, welcher sich allerdings nur mit der gegen die Japaner verhängten Ausgangssperre zu befassen hatte.

### **b) *Korematsu v. United States* (1944)**

In dem Urteil *Korematsu v. United States* hatte der Supreme Court der Vereinigten Staaten unter Führung des Chief Justice *Black* die Verfassungsmäßigkeit der Executive Order 9066 zu überprüfen. *Korematsu* war ein sog. „sansei“ (ein Sohn eines sog. „nisei“, d.h. ein Abkömmling eines japanischen Einwanderers, welcher amerikanischer Staatsbürger geworden war). *Korematsu* war im Zuge der Internierungen ebenfalls gezwungen worden, in ein War Relocation Camp umzusiedeln, da er der Aufforderung in Exclusion Order No. 34, sich in ein sog. „Assembly Center“ zu begeben, nicht nachkam. Aufgrund dieses Verstoßes wurde auch er inhaftiert. Er wehrte sich gegen die Internierung und berief sich vor allem auf seine in der Verfassung verbrieften Rechte aus dem Vierzehnten Zusatzartikel.

Der Verfasser des Mehrheitsvotums - Chief Justice *Black* - zog in der Urteilsbegründung die bereits ein Jahr zuvor von dem Japaner *Hirabayashi* angestregte Überprüfung einer Ausgangssperre an die japanischstämmigen Amerikaner in besagten Regionen heran.<sup>12</sup> Den militärischen Befehlshabern, welche für die Sicherheit der westamerikanischen Küste verantwortlichen seien, müsse ein weiter Handlungsspielraum zur Erfüllung dieser Pflicht zugestanden werden. Davon erfasst sei nicht nur die Einrichtung einer Ausgangssperre zur Nachtzeit, sondern auch die Einrichtung der in Rede stehenden Internierungslager. *Black* und mit ihm die Mehrheit im Supreme Court - es handelt sich um eine 6:3 Entscheidung - sehe zwar ein, dass dies gravierende Einschnitte für die Betroffenen bedeute.<sup>13</sup> Diese Härten seien jedoch in Zeiten des Krieges hinzunehmen.<sup>14</sup> *Black* sieht die Internierungen als eine Bürde, die mit der amerikanischen Staatsbürgerschaft (japanischstämmiger Mitbürger) in Kriegszeiten einhergehe:

*„But hardships are part of war, and war is an aggregation of hardships. All citizens alike, both in and out of uniform, feel the impact of war in greater or*

---

<sup>12</sup> *Hirabayashi v. United States* 320 U.S. 81 (1943).

<sup>13</sup> *Korematsu v. United States* 323 U.S. 214, 219 (1944).

<sup>14</sup> Ebenda.

*lesser measure. Citizenship has its responsibilities as well as its privileges, and in time of war the burden is always heavier.* <sup>15</sup>

*Black* bezeichnet die Vorgänge, mit denen die japanischstämmigen Amerikaner konfrontiert wurden als „evacuation program“. <sup>16</sup> Er wehrt die Behauptung ab, es handelte sich bei den Internierungscamps um Konzentrationslager. Ebenso ist er nicht der Auffassung, dass die Internierten aufgrund rassistischer Vorurteile Adressaten dieser Executive Order 9066 geworden seien. Vielmehr rechtfertigt er die Verordnung und die Internierung mit dem Hinweis, dass Amerika nach Pearl Harbor eine starke Bedrohung durch Japan zu gewärtigen habe. Diese Bedrohungslage fordere das rechtmäßig eingesetzte Militär auf, passende Maßnahmen zu ergreifen. <sup>17</sup>

*„He [Korematsu] was excluded because we are at war with the Japanese Empire, because the properly constituted military authorities feared an invasion of our West Coast and felt constrained to take proper security measures, because they decided that the military urgency of the situation demanded that all citizens of Japanese ancestry be segregated from the West Coast temporarily, and finally, because Congress, reposing its confidence in this time of war in our military leaders as inevitably it must determined that they should have the power to do just this.*“ <sup>18</sup>

In *Korematsu v. United States* gibt vor allem Justice *Murphy* einen scharfen wie auch leidenschaftlichen Dissent ab. *Murphy* ist der Auffassung, dass diese Entscheidung vor der Geschichte der Vereinigten Staaten nicht standhalten werde. Er bezeichnet die Vorgänge, mit denen sich die japanischstämmigen Amerikaner konfrontiert sahen als einen rassistischen Exzess. <sup>19</sup> In drastischen Worten legt *Murphy* dar, inwiefern der Supreme Court mit dieser Entscheidung nicht nur Grundfesten der amerikanischen Verfassung außer Acht lasse, sondern auch einen Präzedenzfall produziere, welcher bleibende Schäden hinterlassen werde.

*Murphy* räumt ein, dass in Kriegszeiten das Ermessen des Militärs weit ausgestaltet sein müsse. Vor allem in Regionen in denen noch ziviles Recht (in Abgrenzung zum Militärrecht) Geltung beansprucht - wie an der Westküste Nordamerikas - dürfe dieses Ermessen jedoch

---

<sup>15</sup> Ebenda.

<sup>16</sup> *Korematsu v. United States* 323 U.S. 214 S. 222.

<sup>17</sup> *Korematsu v. United States* 323 U.S. 214 S. 223.

<sup>18</sup> Ebenda.

<sup>19</sup> *Korematsu v. United States* 323 U.S. 214 S. 233.

nicht grenzenlos sein.<sup>20</sup> In Anknüpfung an vorausgegangene Entscheidungen des Gerichts wendet *Murphy* einen strengen Maßstab an, welcher Bürger- und Menschenrechte mit dem Stellenwert und der Dringlichkeit der Gefahrenabwehr in Einklang zu bringen sucht.<sup>21</sup> *Murphy* hält die Bedrohung, die von den Internierten an der Westküste Amerikas ausgehe für nicht hinreichend ausgeprägt, um die getroffenen Maßnahmen zu rechtfertigen. Vielmehr sehe er eklatante Verletzungen verschiedener Grundrechte durch die Rechtsverordnung. Vor allem die Rechte des Fünften Zusatzartikels wie auch die Due Process Clause<sup>22</sup> werden genannt.<sup>23</sup> *Murphy* führt aus, die gefühlte Bedrohung nach dem verheerenden Angriff der Japaner auf Pearl Harbor habe eine Atmosphäre der Angst geschaffen. Es werde eine vitale Bedrohung der Westküste Amerikas durch die Japaner gesehen. Die tatsächliche Gefahr sei jedoch keineswegs so akut, dass derart tiefgreifende Einschnitte in die Rechte der japanischstämmigen Amerikaner gerechtfertigt seien.<sup>24</sup> Im Gegenteil sei der Generalverdacht gegenüber der japanischstämmigen Minderheit keineswegs von nachvollziehbaren militärischen Erfordernissen geprägt. Der Stellungnahme des kommandierenden Generals *DeWitt* vor dem Kongress könne entnommen werden, dass ungerechtfertigte Verdächtigungen basierend auf rassistischen Vorurteilen die Grundlage der Internierung ausmachten.<sup>25</sup> *Murphy* fasst zusammen:

*„I dissent, therefore, from this legalization of racism. Racial discrimination in any form and in any degree has no justifiable part whatever in our democratic way of life. It is unattractive in any setting but it is utterly revolting among a free people who have embraced the principles set forth in the Constitution of the United States. All residents of this nation are kin in some way by blood or culture to a foreign land. Yet they are primarily and necessarily a part of the new and distinct civilization of the United States. They must accordingly be treated at all times as the heirs of the American experiment and as entitled to all the rights and freedoms guaranteed by the Constitution.“<sup>26</sup>*

---

<sup>20</sup> *Korematsu v. United States* 323 U.S. 214 S. 234.

<sup>21</sup> Vgl. *United States v. Russell*, 13 Wall. 623, 627, 628, 20 L.Ed. 474; *Mitchell v. Harmony*, 13 How. 115, 134, 135, 14 L.Ed. 75; *Raymond v. Thomas*, 91 U.S. 712, 716, 23 L.Ed. 434.

<sup>22</sup> Die Due Process Clause ist im XIV. Zusatzartikel verbrieft und Grundlage für verschiedene prozessuale, aber auch materielle Gewährleistungen in richterrechtlicher Fortbildung der amerikanischen Verfassung (*Hay*, Peter Rn. 70).

<sup>23</sup> *Korematsu v. United States* 323 U.S. 214 S. 234/235.

<sup>24</sup> *Korematsu v. United States* 323 U.S. 214 S. 235.

<sup>25</sup> Ebenda.

<sup>26</sup> *Korematsu v. United States* 323 U.S. 214 S. 242.

Der - an der damaligen Entscheidung nicht beteiligte - Richter des Supreme Court *Clark* hat im Nachhinein die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung in Sachen *Korematsu v. United States* ebenfalls ausdrücklich hervorgehoben. *Clark* stellt im Anschluss an *Murphy* fest, dass wesentliche in der Verfassung verbrieftete Rechte den Internierten vollständig versagt worden seien.

*„The truth is, the writ of Habeas Corpus shall not be suspended, and despite the Fifth Amendment's command that no person shall be deprived of life, liberty or property without due process of law, both of these constitutional safeguards were denied by military action under Executive Order 9066.“<sup>27</sup>*

Der Widerstreit zwischen den individuellen Rechten einer durch ethnische Merkmale definierten Bevölkerungsgruppe und dem Bedürfnis Amerikas nach Sicherheit wurde in der Entscheidung *Korematsu v. United States* zugunsten der Sicherheit aufgelöst. Die Internierung von ca. einhundertzehntausend japanischen Immigranten bzw. japanischstämmiger Amerikaner wurde unter dem Eindruck des nach Pearl Harbor gegebenen Bedrohungsszenarios für rechtmäßig befunden.

### *c) Coram Nobis (1984)*

Die Entscheidung *Korematsu v. United States* aus dem Jahre 1944 hatte 40 Jahre Bestand. Vor allem ab den Zeiten der Bürgerrechtsbewegung in den 1960er Jahren wurde die Kritik an dieser Rechtsprechung, welche als Präzedenzfall nunmehr im Raume stand, stetig lauter.<sup>28</sup> Im Jahre 1984 gewährte der US District Court des nördlichen Kalifornien unter der Federführung von Richterin Marilyn Hall Patel einen sog. „Writ of Coram Nobis“. Coram Nobis bezeichnet ein Rechtsinstitut des Common Law, in dem eine an sich unanfechtbare Entscheidung trotz entgegenstehender Rechtskraft dennoch eine erneute Überprüfung erfährt. Es sollen in eng umgrenzten Ausnahmefällen faktische Irrtümer und Rechtsmissbräuche revidierbar gemacht werden.

*Korematsu* wendete sich zum Zwecke der Herstellung von Gerechtigkeit sowie zur persönlichen Rehabilitation mit einem Coram Nobis Antrag im Jahre 1983 an besagten

---

<sup>27</sup> *Clark*, Tom C., Vorwort in: Conrat, Maisie; Conrat, Richard. Executive Order 9066: The Internment of 110,000 Japanese Americans (The MIT Press, 1972).

<sup>28</sup> *Maki*, Mitchell T.; *Kiuno*, Harry H.; *Berthold*, S. Megan, Achieving the Impossible Dream: HOW JAPANESE AMERICANS OBTAINED REDRESS (University of Illinois Press 1999) s. 51 ff., S. 64 ff..

District Court und wurde zumindest in Teilen erhört. Richterin *Patel* ging in dem Fall *Korematsu v. United States* von einem bewussten Vorbringen falscher Beweise durch die US Regierung aus. Die Regierung habe im Fall *Korematsu v. United States* bewusst den falschen Anschein erweckt, dass die Inhaftierung von *Korematsu* notwendig zur Gewährleistung der Sicherheit in den Vereinigten Staaten gewesen sei. Vielmehr bestünden retrospektiv erhebliche Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Beweismaterials.<sup>29</sup> Der Supreme Court habe sich auf diese Annahme in seinem Urteil maßgeblich gestützt.

*“At oral argument the government acknowledged the exceptional circumstances involved and the injustice suffered by petitioner and other Japanese- Americans. [...] Moreover, there is substantial support in the record that the government deliberately omitted relevant information and provided misleading information in papers before the court. The information was critical to the court's determination, although it cannot now be said what result would have obtained had the information been disclosed. Because the information was of the kind peculiarly within the government's knowledge, the court was dependent upon the government to provide a full and accurate account. Failure to do so presents the "compelling circumstance" contemplated by Morgan. The judicial process is seriously impaired when the government's law enforcement officers violate their ethical obligations to the court.”<sup>30</sup>*

Auf diese bewusste Irreführung des Supreme Court im Jahr 1944 stützt das Gericht die Gewährung des Writ of Coram Nobis. Gegenstand dieser Überprüfung sei aber ausdrücklich nicht die Recht- oder Unrechtmäßigkeit der Executive Order 9066 und der Entscheidung des Supreme Court in seiner juristischen Essenz. Dies widerspreche dem Sinn und Zweck des Coram Nobis als Rechtsinstitut, welches nur faktische Irrtümer revidierbar machen solle und nicht Rechtsirrtümer.

*„Thus, the Supreme Court's decision stands as the law of this case and for whatever precedential value it may still have. Justices of that Court and legal scholars have commented that the decision is an anachronism in upholding overt racial discrimination as „compellingly justified.”<sup>31</sup>*

---

<sup>29</sup> *Korematsu v. United States* (Coram Nobis) 584 F. Supp. 1406 S. 1414f.

<sup>30</sup> *Korematsu v. United States* (Coram Nobis) 584 F. Supp. 1406.

<sup>31</sup> *Korematsu v. United States* (Coram Nobis) 584 F. Supp. 1406 S. 1420.

Eine tatsächliche Revision habe die Entscheidung des Supreme Court durch den „court of history“ erfahren.<sup>32</sup> In der Rechtshistorie der Vereinigten Staaten verbleibe dieser Fall nach Einschätzung Richterin *Patels* als warnendes Beispiel für die Notwendigkeit des Schutzes individueller Rechte in Kriegszeiten erhalten.<sup>33</sup>

*„It stands as a caution that in times of distress the shield of military necessity and national security must not be used to protect governmental actions from close scrutiny and accountability.“*<sup>34</sup>

Dieser Writ of Coram Nobis überprüfte die Entscheidung *Korematsu v. United States* mithin nicht in seinem juristischen Dogma, sondern stellte eine kritische Überprüfung, jedoch keine Verurteilung der Maßnahmen gegen die japanischstämmigen Amerikaner und japanischen Immigranten in den 1940er Jahren dar. Als Konsequenz dieser Entscheidung verbleibt die Einsicht, dass nach Pearl Harbor eine tatsächlich nicht bestehende Bedrohungslage erfunden wurde, aufgrund derer systematisch elementare Menschenrechte einer Minderheit verletzt wurden. Schonungslos legt Richterin *Patel* die bewusst falsche Begründung einer Bedrohung für die innere Sicherheit der USA durch die damalige Regierung dar. Dass dieses Vorbringen falscher Tatsachen für einen Präzedenzfall in Form der Entscheidung *Korematsu v. United States* geführt hat, kann als warnendes historisches Beispiel dafür dienen, dass auf diese Weise auch höchste gerichtliche Instanzen für sicherheitspolitische Ziele der Exekutive instrumentalisiert werden können.

#### **d) *Civil Liberties Act (1988)***

Eine substantielle Aufarbeitung dieser Vorgänge fand schließlich mit dem Civil Liberties Act von 1988 statt.<sup>35</sup> In diesem Gesetzeswerk erkannte die amerikanische Regierung offiziell die Unrechtmäßigkeit der Executive Order 9066 an und entschuldigte sich für das geschehene Unrecht. In den Einleitenden Bemerkungen des Gesetzes heißt es:

*„ The purposes of this Act are to --  
(1) acknowledge the fundamental injustice of the evacuation, relocation, and internment of United States citizens and permanent resident aliens of Japanese ancestry during World War II;*

---

<sup>32</sup> Ebenda.

<sup>33</sup> Ebenda.

<sup>34</sup> Ebenda.

<sup>35</sup> Pub.L. 100-383.

- (2) apologize on behalf of the people of the United States for the evacuation, relocation, and internment of such citizens and permanent resident aliens;*
- (3) provide for a public education fund to finance efforts to inform the public about the internment of such individuals so as to prevent the recurrence of any similar event;*
- (4) make restitution to those individuals of Japanese ancestry who were interned; "*

Im Zusammenhang mit diesem Gesetz wurden jedem noch lebenden Opfer der als Unrecht anerkannten Maßnahmen Anspruch auf 20.000 US Dollar Entschädigungssumme zugesprochen.

### **3. COINTELPRO und die Rolle des FBI**

Im Zusammenhang mit der Stärkung von Strafverfolgungs-, Ermittlungs- und Geheimdienstbehörden durch den PATRIOT Act, ist nach Auffassung einiger Stimmen der amerikanischen Rechtswissenschaft auch eine deutliche Verwandtschaft zu dem COINTELPRO der USA festzustellen.<sup>36</sup> COINTELPRO steht für „Counter Intelligence Program“. Dieses wurde zwischen 1956 und 1971 durchgeführt, um politische Gegner der bestehenden politischen Klasse zu denunzieren, zu zermürben und mundtot zu machen. Dafür bediente man sich vor allem des FBIs, um möglichst viele sensible Informationen über den jeweiligen Gegner zu sammeln und verwerten zu können.<sup>37</sup> Diese Aktivitäten des FBI werden auch im Zusammenhang mit der in den 1950er Jahren geschehenen Verfolgung vermeintlicher Anhänger kommunistischer Bewegungen unter Hinzuziehung polizeistaatlicher Mittel genannt, welche noch heute unter dem Begriff „McCarthyismus“ bekannt ist.<sup>38</sup>

Die Aktivitäten des FBI zur Zeiten des COINTELPRO werden heutzutage kritisch beurteilt.<sup>39</sup> Geheimdiensten und den Ermittlungsbehörden wurden zur damaligen Zeit zu weitreichende Kompetenzen zugebilligt wurden, um vermeintliche subversive Strömungen in der amerikanischen Gesellschaft aufzuspüren und zu zerstören.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> Saito, Natsu T. S. 1051ff.

<sup>37</sup> Ebenda.

<sup>38</sup> Saito, Natsu T. S. 1078.

<sup>39</sup> Saito, Natsu T. S. 1081 ff.

<sup>40</sup> Ebenda.

Die Methoden, die das FBI anwendete, um regierungsfeindliche Strömungen zu zerstören, bestanden sowohl aus äußeren Angriffen gegen die betreffenden politischen Gruppierungen, wie auch in dem Versuch diese zu infiltrieren und innere Unruhe zu verursachen. Instrumente des FBI dafür waren alle denkbaren Methoden der Überwachung, bewusste Streuung von Falschinformationen über die Verdächtigen sowie der bewusste Missbrauch des Strafverfolgungsapparates der Vereinigten Staaten.<sup>41</sup> Betroffen von diesen Maßnahmen des FBI waren zum einen linksgerichtete Parteien (KPUSA, Socialist Workers Party) wie auch Studentenorganisationen (Students for a Democratic Society) und die Bürgerrechtsbewegung (SCLC, NAACP, CORE).<sup>42</sup> Eines der berühmtesten Opfer des COINTELPRO war der Anführer der damaligen schwarzen Bürgerrechtsbewegung *Martin Luther King*.<sup>43</sup>

Das FBI hat eingestanden zwischen 1960 und 1974 auf ungesetzlichem Wege mehr als 2300 Abhöraktionen mit 697 Wanzen und 57.000 Postöffnungen durchgeführt zu haben.<sup>44</sup> Der damalige FBI Chef *Hoover* beabsichtigte, mit diesen Maßnahmen in der Bevölkerung das Gefühl zu erwecken, dass sich hinter jedem Postkasten ein Agent des FBI befinde.<sup>45</sup> So sollte ein abschreckender Effekt auch für noch Unverdächtige erzielt werden, von ihren verfassungsmäßig garantierten Rechten Gebrauch zu machen.<sup>46</sup>

Weiterhin fand eine ungesetzliche Zusammenarbeit des FBI mit den örtlichen Polizeibehörden im Mittelpunkt der COINTELPRO-Aktionen statt. Das FBI sorgte dafür, dass Verdächtige in Haft genommen wurden. Dies geschah nicht etwa mit dem Ziel, anhand gesammelter Beweise eine Verurteilung aufgrund begangener Straftaten herbeizuführen. Vielmehr sollten auch diese Verhaftungen hauptsächlich der Einschüchterung dienen, um subversiven Strömungen in der Bevölkerung vorzubeugen. *Churchill* und *Wall* beschreiben diese Techniken als schlichtes Mittel zur Einschüchterung:

„[...] to simply harass, increase paranoia, tie up activists in a series of pre-arraignment incarcerations and preliminary courtroom procedures, and

---

<sup>41</sup> Ebenda.

<sup>42</sup> Intelligence Activities and the Rights of Americans, Book II, III, Final Report of the Select Committee to Study Governmental Operations. <http://www.icdc.com/~paulwolf/cointelpro/churchfinalreportIIa.htm> (zuletzt besucht am 6. 2. 2013).

<sup>43</sup> *Saito*, Natsu T. S. 1094.

<sup>44</sup> *Churchill, Ward; Wall, Jim Vander*, The COINTELPRO Papers: Documents from the FBI's secret wars against dissent in the United States. (South End Press, 2. Auflage 2002) S. 304.

<sup>45</sup> *Churchill, Ward; Wall, Jim Vander* S. 39, 40.

<sup>46</sup> *Saito*, Natsu T. S. 1082.

*deplete their resources through the postings of numerous bail bonds (as well as the retention of attorneys).*<sup>47</sup>

Verbreitet wird dem FBI im Zusammenhang mit seinen COINTELPRO Ermittlungen auch vorgeworfen an vorsätzlichen Verleumdungen und sogar am Mord von Verdächtigen beteiligt gewesen zu sein, bzw. sie initiiert zu haben. Für diese Vorwürfe gibt es keine historisch tragfähigen Beweise, sondern nur Anhaltspunkte.<sup>48</sup>

*Goldstein* sieht in den Aktivitäten des FBI im Zusammenhang mit COINTELPRO eine allgemeine Tendenz in der amerikanischen Geschichte.<sup>49</sup> Es sei immer wieder vorgekommen, dass aufgrund der Erstellung von Rasterprofilen gewisse Bevölkerungsgruppen Opfer pauschaler Verdächtigungen geworden seien. Dies setze sich in dem COINTELPRO fort, welches nicht nur nach äußerlichen Rastern Profile erstellt, sondern auch nach inneren Überzeugungen, wie die Verfolgung der Bürgerrechtsbewegung durch das FBI zu Zeiten des Vietnam Krieges zeige.

*„The holders of certain ideas in the United States have been systematically and gravely discriminated against and subjected to extraordinary treatment by governmental authorities, such as physical assaults, denials of freedom of speech and assembly, political deportations and firings, dubious and discriminatory arrests, intense police surveillance, and illegal burglaries, wiretaps and interception of mail.*<sup>50</sup>

Auch *Saito* bringt das COINTELPRO mit einer grundsätzlichen, noch heute bestehenden Tendenz amerikanischer Sicherheitspolitik in Verbindung. *Saito* sieht insoweit die Aktionen, die das FBI unter dem COINTELPRO durchgeführt hat, insbesondere in einem engen Zusammenhang mit den noch erweiterten Zuständigkeiten und Kompetenzen des FBI sowie anderer Ermittlungs- und Strafverfolgungsbehörden durch den USA PATRIOT Act.<sup>51</sup> Die Absicht des Attorney General *Ashcroft* so viele Informationen wie möglich zu sammeln und zu verwerten, um des Terrorismus Verdächtige frühzeitig zu erkennen, spiegeln sich in den Vorgängen während der COINTELPRO Ära wider.

---

<sup>47</sup> *Churchill*, Ward; *Wall*, Jim Vander S. 44.

<sup>48</sup> *Saito*, Natsu T. S. 1087.

<sup>49</sup> *Goldstein*, Robert Justin, *Political Repression in modern America from 1870 to 1976*, (University of Illinois Press, 2001) Einführung zu Erstauflage 1978.

<sup>50</sup> Ebenda.

<sup>51</sup> *Saito*, Natsu T. S. 1124 f.

*Chang* zieht ähnliche Parallelen und ist der Auffassung, dass diese im USA PATRIOT Act aufgegriffene Praxis zwingend zur Unterdrückung von Bürgerrechten wie schon zu Zeiten des COINTELPRO führen wird:

*„ [These guidelines are] likely to lead to intrusive intelligence gathering on those who engage in non-violent civil disobedience or in lawful but confrontational political activities, as well as those who attract the attention of the FBI as it trolls through private databases, attends churches and mosques, and surfs the Web. With the advent of electronic recordkeeping, the FBI is likely to maintain far more dossiers on law-abiding individuals and to disseminate the dossiers far more widely than during the COINTELPRO era. “*<sup>52</sup>

Die Unrechtmäßigkeit der Aktionen unter dem Deckmantel des COINTELPRO ist mittlerweile anerkannt und von der amerikanischen Exekutive eingestanden. Eigens zur Untersuchung der damals durchgeführten Aktionen gegen politische Gegner wurde das sog. „Church Committee“ eingesetzt, welches in einem mehrbändigen Bericht über das Ausmaß der damals durchgeführten Maßnahmen berichtete.<sup>53</sup> Die Ermittlungen unter dem den Demokraten angehörigen Senator *Church* ergaben auch, dass verschiedene Abgeordnete des Kongresses Kenntnis von den Operationen hatten.

Als Reaktion auf die Ermittlungen des Church Committees wurden im Jahre 1978 das FISA und der FISC geschaffen.<sup>54</sup> Der „Foreign Intelligence Surveillance Act“ (FISA) ist ein vom Kongress 1978 verabschiedetes Gesetz, das die Auslandsaufklärung und Spionageabwehr der Vereinigten Staaten regeln sollte. Mit dem FISA wurde 1978 der United States Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC) geschaffen. Dies ist ein Gericht, das ausschließlich zur Beratung von FISA-Fällen zusammentritt und die Überwachung oder Durchsuchung anordnen muss. Die Ermächtigung zum Abhören im Ausland betraf zunächst nur Nicht-Amerikaner. 1994 wurde das FISA auch auf die physische Durchsuchung von Amerikanern und deren Wohnungen erweitert.

---

<sup>52</sup> *Chang*, Nancy, *Silencing Political Dissent. How Post-September 11 Anti-Terrorism Measures Threaten Our Civil Liberties* (Seven Stories Press, 1. Auflage 2002).

<sup>53</sup> *Churchill*, Ward: *Wall*, Jim Vander S. 40 ff.

<sup>54</sup> Vgl. unten unter II.B.4.c) und insbes. II.B.4.c)(8).

Unter dem Druck der Veröffentlichungen des Church Committee erließ der damalige Präsident *Ford* darüber hinaus die Verordnung Nr. 11905, die ein verbindliches Verbot gerichtet an alle US-Regierungsstellen festschreibt, ausländische Staatschefs gezielt zu töten oder derartige Operationen zu planen. Dies war die Antwort auf Erkenntnisse, welche aus dem Bericht des Church Committees in Bezug auf Mordversuche an vielen den USA feindlich gesinnten Machthabern (wie z.B. *Fidel Castro*, Kuba; *Patrice Lumumba*, Zaire; *Rafael Trujillo*, Dominikanische Republik; General *René Schneider*, Chile und *Ngô Đình Diệm* aus Südvietnam) gewonnen wurden.<sup>55</sup>

#### **4. Terroristische Anschläge der 1980er und 1990er Jahre**

Die Anschläge, welche zu dem USA PATRIOT Act und der Military Commission Order unter der *Bush* Administration geführt haben, waren nicht die ersten terroristischen Anschläge dieser Art.<sup>56</sup> Die Gestalt des modernen Terrorismus zeigte sich bereits in verschiedenen Anschlägen islamistischer Terroristen vor dem 11. September 2001.

##### **a) 1988: Pan Am Flight 103 (Lockerbie Bombing)**

Am 21. Dezember 1988 wurde der Pan American Flug mit der Flugnummer 103 durch eine in einem Kassettenrecorder versteckte Bombe Opfer eines terroristischen Anschlages. Die Maschine des Typs Boeing 747-121 stürzte in der Nähe des Schottischen Ortes Lockerbie ab. Sie war von London auf dem Weg nach New York. An Bord starben sämtliche 259 Passagiere inklusive der Besatzung. Durch herabstürzende Maschinenteile wurden am Boden weitere 11 Menschen getötet. Die große Mehrheit der Opfer (190) waren amerikanische Staatsbürger. Die Pan American World Airways Airline ist amerikanischen Ursprungs.

Beschuldigt und verurteilt für die Anschläge wurden nach weitreichenden kriminalistischen Ermittlungen zwei libysche Geheimdienstagenten namens *Abdel Basset Ali al-Megrahi* und *Lamen Khalifa Fhimah*. Ihnen wurde vorgeworfen, die Anschläge mit der Hilfe der libyschen Regierung unter der Führung von *Muammar Abu Minyar al-Gaddafi* geplant zu haben. Die libysche Regierung bestritt dies und verweigerte zunächst die Auslieferung der beschuldigten libyschen Staatsbürger. Die USA suchte im Folgenden eine diplomatisch orientierte Lösung

---

<sup>55</sup> Vollständiger Bericht des Church Committees einzusehen unter [http://www.aarclibrary.org/publib/contents/contents\\_church.htm](http://www.aarclibrary.org/publib/contents/contents_church.htm).

<sup>56</sup> *Harvard Law Review* S. 1217 ff.

und fand mit der libyschen Regierung den Kompromiss, die Verdächtigen vor ein britisches Gericht zu bringen.<sup>57</sup>

Am 3. Mai 2000 begann der Prozess gegen die Libyer *Lamin Khalifah Fhimah* und *Abdel Basset Ali al-Megrahi*. *Fhimah* wurde freigesprochen. *Megrahi* wurde für schuldig befunden und am 31. Januar 2001 zu lebenslanger Haft verurteilt. Diese saß er bis zu seiner Begnadigung im August 2009 im schottischen Greenock ab.<sup>58</sup>

Die wahre Urheberschaft der Anschläge auf den Pan Am Flug 103 konnte bis heute nicht zweifelsfrei festgestellt werden. Zwar bekannte sich die libysche Regierung im Jahre 2002 zu den Anschlägen und bot eine Entschädigungssumme für die Verbliebenen der Opfer des Terroranschlages an. Bezüglich des Motivs wird auf die Versenkung zweier libyscher Kriegsschiffen durch die USA rekurriert. Verschiedentlich wird jedoch die Entschädigungssumme als bloßes Vehikel gesehen, die nach dem Anschlag gegen Libyen verhängten U.N. Sanktionen sowie das Handelsembargo der USA zu lockern bzw. aufzuheben. Als Urheber der Anschläge werden vielmehr islamistisch orientierte Gruppen wie der „Islamische Dschihad“ genannt, welche sich selber zu diesem bekannt haben.<sup>59</sup>

In jedem Fall ist der Anschlag, welcher amerikanische Einrichtungen zum Ziel hatte, einer der aufsehenerregendsten der 1980er und 1990er Jahre. Der im Nahen und Mittleren Osten vorherrschende Antiamerikanismus führte hier - aus welchen konkreten Beweggründen auch immer - zu einem der bis dato verheerendsten Flugzeuganschläge der Geschichte.

### ***b) 1993: Anschlag auf das World Trade Center***

Bevor das World Trade Center am 11. September durch zwei entführte Zivilmaschinen tatsächlich in einem terroristischen Anschlag zerstört wurde, war es bereits 1993 Ziel und Opfer einer Attacke durch Terroristen. Am 26. Februar 1993 kam es zu einer Explosion in einer der Tiefgaragen des World Trade Centers, durch die 6 Menschen getötet und mehr als tausend weitere Menschen verletzt wurden.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> *Harvard Law Review* S. 1218.

<sup>58</sup> Vgl. <http://www.stern.de/panorama/terrorismus-todkranker-attentaecker-von-lockerbie-begnadigt-1504421.html> (zuletzt besucht am 5.2.2013).

<sup>59</sup> *Harvard Law Review* S. 1218.

<sup>60</sup> *Harvard Law Review* S. 1219/1220.

Dieser sich im Herzen der amerikanischen Handelsmetropole ereignende Anschlag wurde von islamistisch fundamentalistischen Kräften geplant und durchgeführt.<sup>61</sup> Er war in der Absicht begangen worden, die Zwillingstürme vollständig zu zerstören und tausende Amerikaner zu töten. Als politisches Motiv wird die israelfreundliche Politik Amerikas vermutet.<sup>62</sup> Die Täter wurden dem Terrornetzwerk Al-Qaida zugeordnet<sup>63</sup>, welches auch für die Anschläge des 11. September 2001 verantwortlich war.

In der Folge der Anschläge wurden umfassende Ermittlungen durchgeführt. Diese haben erfolgreich zum Ergreifen der verantwortlichen Planer der Anschläge geführt. Die Ermittlungen führten zu einem nicht geringen Teil in den Nahen und Mittleren Osten. Nicht alle Verantwortlichen konnten dabei gefunden werden.<sup>64</sup> Der U.S. District Court des südlichen Bezirkes von New York verurteilte fünf Angeklagte wegen dieser Terroranschläge.<sup>65</sup>

Der Anschlag war der maßgebliche Beginn auf Seiten der amerikanischen Strafverfolgungs- und Ermittlungsbehörden, den islamistischen Terrorismus und vor allem die Terrororganisation Al-Qaida in den Mittelpunkt ihrer Terrorermittlungen zu stellen. Es wurde im Folgenden eine Gruppe von Terroristen um den Scheich *Omar Abdel Rahman* festgenommen, welcher als islamistisch fundamentalistischer Prediger in New York in Erscheinung getreten war.<sup>66</sup>

### **c) 1998: Anschlag auf amerikanische Botschaften in Afrika**

Am 7. August 1998 wurden nahezu gleichzeitig Bombenanschläge auf zwei amerikanische Botschaften in Afrika (Nairobi, Kenia, und Dar es Salaam, Tansania) verübt. Dabei starben zwölf Amerikaner und über zweihundert Afrikaner.<sup>67</sup> Die Bomben waren in LKWs versteckt und explodierten in Mitten der Stadtzentren. Über viertausend Verletzte waren zu beklagen.

---

<sup>61</sup> *Bernstein*, Richard, Trade Center Bombers Get Prison Terms of 240 Years, N.Y. Times vom 25. Mai 1994 S. A1.

<sup>62</sup> Ebenda.

<sup>63</sup> Ebenda.

<sup>64</sup> *Kocieniewski*, David, Suspect Is Still Being Sought in Trade Center Bomb Case, N.Y. Times vom 14. November 1997 S. B3.

<sup>65</sup> *Harvard Law Review* S. 1220.

<sup>66</sup> *United States v. Rahman*, 189 F.3d 88, 103-11 (2d Cir. 1999).

<sup>67</sup> Vgl. *Johnston*, David, U.S. Says Suspect Does Not Admit Role in Bombings or Ties to Saudi, N.Y. Times vom 18. August 1998 S. A7.

Die Urheber der Anschläge wurden wiederum im Kreise radikaler Islamisten aus dem Terrornetzwerk Al-Qaida gesucht. Die Vernehmung eines pakistanischen Verdächtigen führte dazu, dass die Köpfe der Organisation - *Osama Bin Laden* und *Ayman al-Zawahiri* - für die Planung der Anschläge verantwortlich gemacht wurden.<sup>68</sup> Diese Namen traten so zum ersten Mal in den Mittelpunkt der Ermittlungen. Es wurden neben *Osama Bin Laden* vierzehn hochrangige Al-Qaida Terroristen angeklagt und weitere mithilfe ausländischer Regierungen festgenommen.<sup>69</sup> Insgesamt wurden vier in Amerika Angeklagte von amerikanischen Gerichten zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt.<sup>70</sup> Ein Großteil der Verdächtigen blieb jedoch ungefasst.<sup>71</sup> Die Machthaber in Afghanistan - zu dieser Zeit das Taliban Regime - weigerten sich in der Folge, *Bin Laden* und *al-Zawahiri* an die Vereinigten Staaten auszuliefern.

Die USA reagierten unter der Präsidentschaft von *Bill Clinton* mit einem kurzen und heftigen militärischen Luftschlag gegen das Terrornetzwerk Al-Qaida. Sie schossen Cruise Missiles auf ein Trainingscamp Al-Qaidas in Afghanistan und auf eine Chemiefabrik im Sudan, welche verdächtigt wurde, Waffen für die Organisation *Bin Ladens* herzustellen.<sup>72</sup> Diese kurzfristigen militärischen Offensiven waren ausdrücklich zur abschreckenden Bekämpfung der terroristischen Zellen im Nahen und Mittleren Osten gedacht und nicht auf einen länger andauernden Kampf ausgelegt.<sup>73</sup>

Auch in diesem Anschlag im Jahre 1998 und in den Reaktionen, die er hervorgerufen hat, war bereits eine deutliche Nähe zu der Gestalt der Anschläge am 11. September 2001 zu erkennen.<sup>74</sup>

## 5. 11. September 2001

Am 11. September 2001 fand der bis dato zerstörerischste Terroranschlag auf zivile Ziele in den Vereinigten Staaten statt. Nahezu simultan wurden vier Zivilflugzeuge zweier

---

<sup>68</sup> Vgl. *Weiser*, Benjamin. Bombing Defendant Said To Claim Coercion. N.Y. Times vom 5. September 1998 S. A4.

<sup>69</sup> Vgl. *United States v. Bin Laden* 156 F. Supp. 2d 359, 362-63 (S.D.N.Y. 2001).

<sup>70</sup> *Harvard Law Review* S. 1221.

<sup>71</sup> Ebenda.

<sup>72</sup> Vgl. *Myers*, Steven Lee, U.S. Offers More Details on Attack in the Sudan. N.Y. Times vom 24. August 1998 S. A6.

<sup>73</sup> Vgl. *Weiser*, Benjamin. Bombing Defendant Said To Claim Coercion. N.Y. Times vom 5. September 1998 S. A4.

<sup>74</sup> *Harvard Law Review* S. 1221.

amerikanischer Fluggesellschaften (American Airlines und United Airlines) von insgesamt 19 Terroristen entführt. Zwei der Flugzeuge (Flüge AA 11 und UA 175) wurden um 8:46 Uhr bzw. 9:03 Uhr Ortszeit in die beiden Zwillingstürme des World Trade Centers im Herzen Manhattans gelenkt. Die Türme stürzten im Verlaufe des Tages ein. Die verbleibende Lücke in der Skyline New Yorks wird heute „Ground Zero“ genannt.<sup>75</sup>

Ein weiteres Flugzeug (AA 77) wurde in das Pentagon, den Sitz des amerikanischen Verteidigungsministeriums in der Nähe Washingtons, gelenkt und richtete dabei ebenfalls verheerenden Schaden an. Das vierte Flugzeug hatte den Regierungssitz in Washington D.C. zum Ziel, wurde jedoch - vermutlich aufgrund des Widerstandes durch Passagiere - über dem Ort Shanksville in Pennsylvania zum Absturz gebracht.<sup>76</sup>

Durch die Anschläge starben insgesamt 3015 Menschen, davon 2996 Opfer und die 19 Attentäter.<sup>77</sup> Tausende wurden verletzt. Der Sachschaden betrug mehrere Milliarden US Dollar. Die Terroranschläge gegen die USA wurden nach mittlerweile gesicherten Erkenntnissen von dem Terrornetzwerk Al-Qaida geplant und durchgeführt. Die Anschläge waren Ausdruck des in dem radikalislamistischen Milieu vorherrschenden Antiamerikanismus. Auch wenn *Osama Bin Laden* die Urheberschaft zunächst abgestritten hatte, gab er sie in der Folge mehrmals ausdrücklich zu.<sup>78</sup>

Dieser Terroranschlag wurde von aller Welt ausdrücklich verurteilt. Der USA wurde nahezu uneingeschränkte Unterstützung nicht nur von der sog. westlichen Welt zugesagt. Bundeskanzler *Schröder* sprach von „uneingeschränkter Solidarität“.<sup>79</sup> Die UN reagierte mit einer ausdrücklichen Verurteilung der Anschläge und verabschiedete die Resolution des Sicherheitsrates Nr. 1373.<sup>80</sup>

---

<sup>75</sup> S.J. Res. 22. 107th Cong. (2001).

<sup>76</sup> *Wilgoren, Jodi; Wong, Edward*, On Doomed Flight, Passengers Vowed To Perish Fighting, N. Y. Times vom 13. September 2001 S. A1.

<sup>77</sup> September 11. Victims Statistics.

<http://web.archive.org/web/20071218170906/http://www.september11victims.com/september11victims/STATISTIC.asp> (zuletzt besucht am 6. 2. 2013).

<sup>78</sup> S.J. Res. 22. 107th Cong. (2001).

<sup>79</sup> Regierungserklärung des Bundeskanzlers Gerhard Schröder zu den Anschlägen in den Vereinigten Staaten von Amerika vom 12. September 2001.

<http://archiv.bundesregierung.de/bpaexport/regierungserklaerung/57/55757/multi.htm> (zuletzt besucht am 6. 2. 2013).

<sup>80</sup> Abrufbar unter [http://www.un.org/depts/german/sr/sr\\_01-02/sr1373.pdf](http://www.un.org/depts/german/sr/sr_01-02/sr1373.pdf) (zuletzt besucht am 12.8.2013).

Amerika fasste diesen Anschlag als einen Kriegsakt auf und reagierte mit Krieg. Der damalige US-Präsident *Bush* begann mit Bezugnahme auf die Anschläge Anfang Oktober 2001 den Krieg in Afghanistan und begründete auch den im März 2003 begonnenen Irakkrieg zum Teil damit.<sup>81</sup> Diese Kriege werden zum Teil noch heute durch Präsident *Obama* weitergeführt.

Der 11. September 2001 ist der Ausgangspunkt und die Initialzündung für die hier in Rede stehenden sicherheitspolitischen Reaktionen. Diese bestehen aus einer Kaskade von parlamentarischen Gesetzesergänzungen und Verordnungen (Executive Order des Präsidenten), welche vor allem die Kompetenzen und die Eingriffsbefugnisse von Strafverfolgungs- Ermittlungs- und Geheimdienstbehörden in den USA erheblich erweiterten. Es wurde das sog. Department of Homeland Security sowie die sog. Military Commissions geschaffen. Dafür wurden dem Präsidenten vom Kongress weitreichende alleinige Rechtssetzungskompetenzen zur präventiven Bekämpfung des internationalen Terrorismus zugestanden. Es wurden hunderte Verdächtige durch das FBI im In- und Ausland festgenommen und vernommen.<sup>82</sup>

## 6. Abschließende Bemerkungen

Diese kurze historische Einordnung der Anschläge vom 11. September 2001 zeigt, dass sowohl die Reaktionen der amerikanischen Regierung bzw. der parlamentarischen Gremien wie auch das Bedrohungsszenario an sich kein völliges Novum für die USA darstellen. Zum einen ist das Terrornetzwerk Al-Qaida mit seinem damaligen maßgeblichen Stützpunkt in Afghanistan keine plötzlich auftretende Erscheinung gewesen, wie bereits der Militärschlag Amerikas unter Bill Clinton im Jahre 1998 zeigt. Weiterhin gab es, wie die Beispiele des Umgangs mit politischen Gegnern zu Zeiten des Counter Intelligence Programs und mit den japanischstämmigen Amerikanern bzw. den japanischen Immigranten zu Zeiten des zweiten Weltkrieges zeigen, durchaus historische Schulbeispiele, wohin die massive Erweiterung der Handlungsspielräume der Exekutive führen kann.

---

<sup>81</sup> "Bush rejects Taliban offer to hand Bin Laden over" [www.theguardian.co.uk](http://www.theguardian.com/world/2001/oct/14/afghanistan.terrorism5)  
<http://www.theguardian.com/world/2001/oct/14/afghanistan.terrorism5> (zuletzt besucht am 1.8.2013); vgl. auch Authorization for Use of Military Force Against Terrorists, Pub. L. No. 107-40, 115 Stat. 224; *New York Times*, 3. Oktober 2002: Threats and Responses: The Congressional Resolution: Bush strikes deal for House backing on action in Iraq <http://www.nytimes.com/2002/10/03/us/threats-responses-congressional-resolution-bush-strikes-deal-for-house-backing.html?scp=1&sq=Zarqawi%20Saddam&st=nyt&pagewanted=2> (zuletzt besucht am 1.8.2013).

<sup>82</sup> *Lewis*, Neil A., Detentions After Attacks Pass 1.000, U.S. Says, N.Y. Times vom 30. Oktober 2001 S. B1.

## **B. Die sicherheitspolitischen Reaktionen nach dem 11. September**

Im Anschluss an die Anschläge vom 11. September erklärte die amerikanische Regierung, sich in einem Krieg gegen den Terrorismus zu befinden.<sup>83</sup> Es wurden zahlreiche gesetzgeberische Ergänzungen vorgenommen, die die sicherheitspolitische Landschaft in den USA veränderten. Zum Teil beruhen diese Änderungen auf Parlamentsgesetzen. Zu einem nicht geringen Teil wurden die erheblichen Veränderungen allerdings auch durch sog. „Executive Orders“ des damaligen Präsidenten *Bush* herbeigeführt.

### **1. Überblick über die Parlamentsgesetze**

An Gesetzen, welche unmittelbar als Replik auf die Anschläge verabschiedet wurden, ist zum einen die Senate Joint Resolution 23 in der Form der „Authorization for Use of Military Force Joint Resolution“ (AUMF) vom 18. September 2001 zu nennen.<sup>84</sup> Diese autorisiert den Präsidenten „alle notwendigen Mittel“ gegen Organisationen oder Staaten zu ergreifen, welche an der Planung oder Ausführung der Anschläge vom 11. September beteiligt waren.

Am 19. November 2001 unterzeichnete der Präsident den „Aviation and Transportation Security Act“ (ASA).<sup>85</sup> Dieses Regelwerk schuf die „Transportation Security Administration“, welche für die Sicherheitskontrolle an Flughäfen und Bahnhöfen in den USA verantwortlich sein sollte. Der ASA verschärfte die Sicherheitskontrollen an den Flughäfen der Vereinigten Staaten.

Die weitest reichende gesetzgeberische Anstrengung nach den Anschlägen vom 11. September findet sich in dem USA PATRIOT Act.<sup>86</sup> Der Name des Gesetzes steht als Akronym für „Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism“.

---

<sup>83</sup> Rede von US-Präsident Bush vor einer gemeinsamen Sitzung des Kongresses und dem amerikanischen Volk vom 20. September 2001 <http://usa.usembassy.de/ctexts/docs/ga1-092001d.htm> (zuletzt besucht am 1.8.2013).

<sup>84</sup> Pub. L. No. 107-40, 115 Stat. 224.

<sup>85</sup> Pub. L. No. 107-71.

<sup>86</sup> Pub. L. No. 107-56.

## 2. Überblick über die Executive Orders

Nicht außer Acht zu lassen sind die präsidialen Verordnungen, welche *Bush* nach den terroristischen Anschlägen erlassen hat. Die erste Executive Order in diesem Zusammenhang erließ der Präsident am 14. September 2001, indem er die verfügbaren Reservisten der bewaffneten Truppen, wie auch die Küstenwache aufrief, sich für den Kampf gegen den Terror zu wappnen.<sup>87</sup>

Die nächste Executive Order vom 24. September 2001 identifizierte die Finanzierung des Terrorismus als ein wesentliches Element, welches im Rahmen der Terrorismusbekämpfung unterbunden werden muss.<sup>88</sup> In dieser Verordnung wurden sämtliche Finanztransaktionen mit Personen oder Unternehmen, die den Terrorismus unterstützten, unter Strafe gestellt; das gleiche gilt für Handlungen, die diese Vorschrift zu umgehen beabsichtigen. Diese Executive Order beinhaltete ebenso die weitreichende Kompetenz in Zusammenarbeit mit ausländischen Staaten, die finanziellen Mittel solcher Unternehmen und Personen einzufrieren und sie für die Terrorismusfinanzierung untauglich zu machen.

Kurz darauf, am 8. Oktober 2001, schuf der Präsident per Verordnung das sog. „Office of Homeland Security“ sowie den „Homeland Security Council“.<sup>89</sup> Der Zweck dieser Institutionen ist die Entwicklung und Koordination der Einführung und Etablierung angemessener Strategien gegen die Bedrohungen, welche von terroristischen Angriffen gegen die USA ausgehen. Das Council soll die Kommunikation zwischen dem Office und dem Präsidenten erleichtern und optimieren.

Das Bedürfnis der gegen den internationalen Terrorismus aufgebrachten Bevölkerung auch einen Beitrag zur Terrorismusbekämpfung zu leisten, befriedigte man unter dem 9. November 2001 mit einer weiteren Executive Order, welche die „Presidential Task Force on Citizen Preparedness in the War on Terrorism“ ins Leben rief.<sup>90</sup>

Die Executive Order, welche fortan jedoch im Mittelpunkt der öffentlichen Debatte stehen sollte, war die Military Order vom 13. November 2001.<sup>91</sup> Sie autorisierte das

---

<sup>87</sup> Exec. Order No. 13.223, 66 Fed. Reg. 48.201.

<sup>88</sup> Exec. Order No. 13.224, 66 Fed. Reg. 49.079.

<sup>89</sup> Exec. Order No. 13.228, 66 Fed. Reg. 51.812.

<sup>90</sup> Exec. Order No. 13.234, 66 Fed. Reg. 57.355.

<sup>91</sup> 66 Fed. Reg. 57.833.

Verteidigungsministerium, jede Person, welche ihren Zielbestimmungen unterfiel, auf zunächst unbestimmte Zeit festzunehmen. Die sich daran anschließenden Verfahren sollen nach den Vorgaben dieser Verordnung nicht vor ordentlichen Gerichten der USA stattfinden, sondern vor eigens dafür eingerichteten sog. „Military Commissions“.

### **3. Gegenstand der weiteren Darstellung**

Im Folgenden sollen vor allem der USA PATRIOT Act von 2001 (unter Berücksichtigung seiner Revision durch den Kongress in der Form des USA PATRIOT Improvement and Reauthorization Act von 2005<sup>92</sup>) sowie die zuletzt genannte Military Order (unter Berücksichtigung des im Anschluss an das Supreme Court Urteil *Hamdan v. Rumsfeld*<sup>93</sup> am 17. Oktober 2006 verabschiedeten Military Commissions Act<sup>94</sup>) untersucht werden

### **4. Der USA PATRIOT Act**

#### *a) Einleitende Bemerkungen*

Der USA PATRIOT Act<sup>95</sup> passierte den Senat in seinem ursprünglichen Entwurf am 11. Oktober 2001. Noch am selben Tage machte das House Judiciary Committee einen weiteren Entwurf mit Änderungsvorschlägen, der daraufhin eine kurze Diskussionsphase erfuhr. Die letzte Version des Gesetzes wurde im Repräsentantenhaus am 23. Oktober gebilligt. Der Senat stimmte diesen Änderungen am 24. Oktober schließlich zu. Knapp 6 Wochen nach den Anschlägen vom 11. September, nämlich am 26. Oktober 2001, unterzeichnete der damalige Präsident *Bush* den P. Act, womit dieser Geltung erlangte.<sup>96</sup> Der P. Act ist kein in sich abgeschlossenes Regelwerk, sondern nimmt in seinen 157 Sections zahlreiche Ergänzungen zu bereits bestehendem Recht vor.

Der P. Act besteht aus zehn teilweise ineinandergreifenden Kapiteln. Er gewährt den amerikanischen Bundesbehörden erheblich erweiterte Kompetenzen, jegliche Form der Kommunikation von mutmaßlichen Terroristen nachzuverfolgen und zu überwachen. Dies

---

<sup>92</sup> Pub. L. No. 109-177.

<sup>93</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557 (2006).

<sup>94</sup> Pub. L. No. 109-366.

<sup>95</sup> Im folgenden P. Act.

<sup>96</sup> Vgl. *Doyle*, Charles. The USA PATRIOT Act: A Legal Analysis. CRS REP. NO. RL31377 (Congressional Research Service, The Library of Congress, 15. April 2002) S. 1.

gilt sowohl im Bereich der bundesbehördlichen strafverfolgungs- wie auch der geheimdienstlichen Aktivitäten. Diese traditionell streng voneinander getrennten Bereiche der Ermittlungstätigkeiten (sog. Trennungsgebot / Trennungsprinzip) erfahren eine zunehmende Verquickung. Das Trennungsgebot ist auch in den USA als Leitprinzip der sicherheitsbehördlichen Architektur bekannt. Nach den Erfahrungen in der COINTELPRO Ära wurde in der amerikanischen Öffentlichkeit und Politik eine Separierung von geheimdienstlichen und strafverfolgungsbehördlichen Aktivitäten für erforderlich erachtet.<sup>97</sup> Infolge der Entscheidung des Supreme Court in Sachen *Keith*<sup>98</sup> fand dieser Aspekt in dem 1978 verabschiedeten Foreign Intelligence Surveillance Act Eingang.<sup>99</sup>

In Kapitel III des P. Act wird eine erhebliche Erweiterung der Geldwäschestrafbarkeit sowie der damit zusammenhängenden Ermittlungskompetenzen vorgenommen. Hier steht die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung im Mittelpunkt, in welche vermehrt auch private Unternehmen und Banken eingebunden werden, um auf erforderliche Datenbestände zurückgreifen zu können.

Weiterhin wird das Immigrations- und Ausländerrecht durch den P. Act verschärft. Die Grenzen der USA sollen sicherer vor ausländischen Terroristen werden, bereits immigrierte Terroristen sollen entdeckt werden.

Nicht zuletzt werden auf materieller strafrechtlicher Ebene durch die Schaffung neuer Straftatbestände und durch erhöhte Strafmaße sowie auf strafprozessualer Ebene durch den P. Act bemerkenswerte Änderungen herbeigeführt.

## ***b) Die Strafverfolgungsbehörden - Überwachungskompetenzen***

### **(1) Einleitende Bemerkungen**

Einen wesentlichen Teil der Regelungen im P. Act betreffen die Ermittlungskompetenzen der Strafverfolgungsbehörden. Im Mittelpunkt dieser Ermittlungskompetenzen stehen vor allem die Möglichkeiten, Verdächtige auf verschiedenste Weise zu überwachen. In Kapitel II „Enhanced Surveillance Procedures“ erweitert der P. Act die bestehende Rechtslage sowohl in Bezug auf die Strafverfolgungsbehörden als auch auf die Geheimdienste. In Ihrer

---

<sup>97</sup> Vgl. unter II.B.4.c)(2).

<sup>98</sup> *United States v. United States District Court*, 407 U.S. 322-323 (1972) vgl. unten unter II.B.4.c)(2).

<sup>99</sup> Vgl. im Einzelnen unter IV.C.3.a).

Grundkonzeption sind die Möglichkeiten der Überwachung für Geheimdienste und Strafverfolgungsbehörden jedoch getrennt voneinander zu betrachten.

(2) Bestehende Gesetzeslage - status quo ante

(a) *Entwicklung zum Kapitel III Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*

Im Jahre 1968 wurden die Überwachungskompetenzen der Strafverfolgungsbehörden in Kapitel III des „Omnibus Crime Control and Safe Streets Act“<sup>100</sup> festzulegen, kodifizierten Beschränkungen unterworfen.<sup>101</sup> Kapitel III reflektiert die Rechtsprechung des Supreme Court hinsichtlich des Schutzes der Privatsphäre ausgehend von dem hier relevanten Vierten Zusatzartikel der amerikanischen Verfassung. In dieser Rechtsprechung, in deren Mittelpunkt vier Leitentscheidungen stehen<sup>102</sup>, wird der Schutz vor der Preisgabe privater Informationen bzw. vor dem Abhören privater Gespräche jedweder Art davon abhängig gemacht, ob der Betroffene eine gerechtfertigte Erwartung der Vertraulichkeit der Informationen bzw. des Gespräches geltend machen kann („Legitimate/Reasonable Expectation of Privacy“). Es wird dabei ein dreistufiges System hinsichtlich dieser Expectation of Privacy etabliert.<sup>103</sup>

(b) *Überwachung laufender Telekommunikation*

Es wird zunächst unter 18 U.S.C. 2511 das Abhören von laufenden Unterhaltungen (ob sie per Telefon stattfinden, von Angesicht zu Angesicht oder auf anderem Wege elektronischer Telekommunikation) unter Strafe gestellt. Dies greift nach Rechtsprechung des Supreme Court nämlich in den Schutzbereich des Vierten Zusatzartikels ein. Nur unter engen Voraussetzungen ist eine Befreiung von diesem Verbot für die Strafermittlung bei dem Verdacht schwerwiegender Straftaten vorgesehen. Bei Genehmigung durch einen „Senior Justice Department Official“<sup>104</sup> (vgl. 18 U.S.C. 2516) kann ein Ermittler eine die Abhöraktion

---

<sup>100</sup> 18 U.S.C. 2510-2522 (Title III).

<sup>101</sup> Vgl. *Herman*, Susan, N., The USA PATRIOT Act and the Submajoritarian Fourth Amendment, in: *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* (2006) 41 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 67, 71ff.

<sup>102</sup> *Berger v. New York*, 388 U.S. 41 (1967); *Katz v. United States* (Supreme Court) 389 U.S. 347 (1967); *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979); *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976).

<sup>103</sup> Vgl. *Doyle*, Charles, *Legal Analysis* S. 2.

<sup>104</sup> Solche senior Justice Department official sind: Der Attorney General, der Deputy Attorney General, der Associate Attorney General, jeder Assistant Attorney General oder Deputy Assistant Attorney General im Bereich der Criminal Division, der hierfür von dem Attorney General benannt wurde. Diese Personen haben einen Antrag auf Anordnung einer Überwachungsmaßnahme unter den in 18 U.S.C. 2516 genannten Voraussetzungen zu autorisieren, bevor sie wirksam von einem Richter zur endgültigen Entscheidung angeordnet werden kann. (*Doyle*, Charles, *Legal Analysis* S. 2, Fn. 8) Diese Prüfung stellt damit eine weitere Instanz im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen einer Überwachungsmaßnahme dar.

genehmigende Anordnung eines Gerichts ersuchen. Eine solche Anordnung hat die Dauer und die Reichweite der Überwachung genau zu definieren. Auch muss das ins Auge gefasste Ermittlungsergebnis (z.B. Unterhaltung zwischen Verdächtigen bzw. bei einer Hausdurchsuchung der gesuchte Gegenstand) von den Ermittlungsbehörden genau beschrieben werden (18 U.S.C. 2518). Es ist damit festzustellen, dass die Voraussetzungen für den Erlass einer Anordnung nach Kapitel III des „Omnibus Crime Control and Safe Streets Act“ vergleichsweise anspruchsvoll sind.

(c) *Gespeicherte Inhalte*

Nicht vom Schutz des Vierten Zusatzartikels sind dagegen nach der Rechtsprechung des Supreme Court Aufzeichnungen von Telefongesprächen durch die Provider erfasst. Gleiches gilt für E-Mails, die nicht auf der eigenen Festplatte, sondern auf den Servern des Internetproviders gespeichert sind (vgl. 18 U.S.C. 2701-2709). Der Supreme Court sieht nämlich bei Dritten (Telefon-, Internetprovider) gespeicherte Kommunikationsvorgänge als nicht von dem Schutz des Vierten Zusatzartikels erfasst an. Es bestehe keine gerechtfertigte Expectation of Privacy.<sup>105</sup> Damit wäre auch keine gerichtliche Anordnung erforderlich. Dennoch ist die Möglichkeit, solche Informationen zu erlangen nach 18 U.S.C. 2701-2709 von einer Gerichtsanordnung auf Antrag der ermittelnden Strafverfolgungsbehörde abhängig. Die vorherige Autorisierung durch einen „Senior Justice Department Official“<sup>106</sup> ist nach dem Gesetz zwar nicht erforderlich. Auch muss keine bestimmte Anlasstat gegeben sein.<sup>107</sup> Das Schutzniveau durch die Kodifikation geht aber immerhin weiter als es die vom Supreme Court gezogenen Grenzen gebieten.

(d) *Informationen über die äußeren Umstände der Telekommunikation - Pen/Trap Orders*

---

<sup>105</sup> *Smith v. Maryland* 442 U.S. 735 (1979) bestätigt u.a. in *Muchler v. Mena*, 125 S. Ct. 1465 (2005); *Illinois v. Caballes*, 125 S. Ct. 834 (2005); *Devenpeck v. Alford*, 543 U.S. 146 (2004); *Hibel v. Sixth Judicial Dist. Court of Nev.*, 542 U.S. 177 (2004); *Thornton v. United States*, 541 U.S. 615 (2004); *United States v. Flores Montano*, 541 U.S. 149 (2004); *Illinois v. Lidster*, 540 U.S. 419 (2004); *Maryland v. Pringle*, 540 U.S. 366 (2003); *United States v. Banks*, 540 U.S. 31 (2003); *Bd. of Educ. of Indep. Sch. Dist. No. 92 v. Earls*, 536 U.S. 822 (2002); *United States v. Drayton*, 536 U.S. 194 (2002); *United States v. Arvizu*, 534 U.S. 266 (2002); *United States v. Knights*, 534 U.S. 112 (2001) *Doyle*, Charles, Legal Analysis S. 4.

<sup>106</sup> Vgl. oben Fn. 104.

<sup>107</sup> *Doyle*, Charles, Legal Analysis S. 4.

Auf dritter Stufe - damit den laxesten Anforderungen unterworfen - steht die Einrichtung sog. „Trap and Trace Devices“ und sog. „Pen Registers“ (vgl. 18 U.S.C. 3121-3127). Mit diesen Mitteln werden nicht Inhalte von Telekommunikationsvorgängen gesammelt, sondern nur Daten über die äußeren Umstände derselbigen. Mit Trap and Trace Devices und Pen Registers können Informationen darüber erlangt werden, wer mit wem zu welchem Zeitpunkt Kontakt aufgenommen hat. Trap and Trace Devices und Pen Registers werden quasi direkt von der Exekutive erlassen. Empfindet diese eine solche Anordnung für tunlich, so *muss* der Richter sie erlassen, da er nur die tatsächlichen Voraussetzungen zu prüfen hat und ihm kein Ermessen zusteht. Letztlich unterliegt sie damit nur einer Zweck- und Rechtmäßigkeitskontrolle einer höheren Stelle der Exekutive. Es muss eine Relevanz des Ersuchens für eine laufende Ermittlung irgendeines Deliktes bestehen (18 U.S.C. 3123). Den von einer solchen Anordnung betroffenen Personen steht kein (normiertes) Recht zu, im Nachhinein über die Anwendung des Mittels informiert zu werden.<sup>108</sup> Die Erhebung von Daten über die äußeren Umstände der Telekommunikation fällt nach der Rechtsprechung des Supreme Court erst recht nicht in den Schutzbereich des Vierten Zusatzartikels.<sup>109</sup>

### (3) Veränderungen durch den P. Act

Der P. Act schafft Veränderungen dieser Systematik in jeder der drei Kategorien.

#### (a) *Überwachung laufender Telekommunikation*

Die effektive Telefonüberwachung (d.h. das Abhören laufender Gespräche) durch Strafverfolgungsbehörden wird unter dem Begriff „Wiretapping“ zusammengefasst. Der Eingriff durch dieses Wiretapping steht nach Rechtsprechung des Supreme Court in einem Spannungsverhältnis zu dem Schutz des Vierten Zusatzartikels und fällt in den Regelungsbereich des Kapitel III des „Omnibus Crime Control and Safe Streets Act“.<sup>110</sup>

Sec. 201, 202 P. Act erweitern die Liste der geeigneten Straftaten, die als Anlass die Anordnung einer Überwachung möglich machen („Predicate Offenses“) um „cybercrime“ und einige weitere, dem Terrorismus verwandte Delikte. Um eine auf das Wiretapping gerichtete Anordnung eines Gerichts erlangen zu können, muss die Verfolgung einer konkreten Straftat dargelegt werden.

---

<sup>108</sup> Vgl. *Doyle*, Charles, Legal Analysis S. 4.

<sup>109</sup> *Smith v. Maryland* 442 U.S. 735; *Doyle*, Charles, Legal Analysis S. 4.

<sup>110</sup> Vgl. oben unter II.B.4.b)(2).

Sec. 217 P. Act erlaubt nunmehr die Überwachung laufender Internetkommunikation, die innerhalb eines sog. „protected computer system“<sup>111</sup> stattfindet, ohne dass eine gerichtliche Anordnung erforderlich ist. Dies betrifft Computersysteme, welche auch von staatlichen Behörden genutzt oder unterhalten werden und von dem Adressaten der Maßnahme unrechtmäßig „gehackt“ wurden.

(b) *Gespeicherte Inhalte*

18 U.S.C. 2703 f. gewährt den Strafverfolgungsbehörden zwar nicht die Möglichkeit auf laufende Gespräche, aber auf gespeicherte Inhalte zuzugreifen. Eine solche Maßnahme erfasst nach dem P. Act sowohl von den Providern aufgezeichnete Telefongespräche wie auch auf ihren Servern gespeicherte E-Mails, da Sec. 209 P. Act Aufzeichnungen eines Telefongesprächs der Speicherung von E-Mails nunmehr gleichstellt.

Die so gewonnenen Daten können 180 Tage ohne eine Benachrichtigung des Anschlussinhabers ausgewertet werden. Dies erfordert nicht die Einhaltung des im Vierten Zusatzartikel verbrieften „Probable Cause Standard“<sup>112</sup>. Es muss lediglich eine Relevanz hinsichtlich laufender Strafermittlung gegeben sein. Auch sind die Anbieter nunmehr verpflichtet in erweitertem Maße Informationen an die Strafverfolgungsbehörden herauszugeben. Dies betrifft sowohl Name und Adresse, als auch Kreditkarten- sowie die weiteren Konto- und Bankdaten des Anschlussinhabers (Sec. 210 P. Act). Auch nach Ablauf der 180 Tage besteht keine zwingende Notwendigkeit, den Adressaten der Maßnahme über ihre Durchführung zu unterrichten. Ein Gericht kann die Benachrichtigung für entbehrlich erklären, wenn den Umständen nach die Benachrichtigung des Anschlussinhabers die „Ermittlung gefährden würde“ (18 U.S.C. 2705). Der P. Act führt weiterhin verfahrenstechnisch eine an 18 U.S.C. 3127, 3127 angelehnte Zuständigkeitserweiterung herbei, nach der die gerichtliche Anordnung eines Pen Registers oder eines Trap and Trace Devices für das gesamte Bundesgebiet der Vereinigten Staaten und nicht mehr nur für einen Bundesstaat gilt (18 U.S.C. 2703).<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup> Zur weiteren Erläuterung vgl. *Doyle*, Charles, Terrorism: Section-by-Section Analysis of the USA PATRIOT Act, CRS REP. NO. RL31200 (Congressional Research Service, The Library of Congress, 10. Dezember 2001) S. 14.

<sup>112</sup> Vorliegen wahrscheinlicher Tatbegehung (*Hay*, Peter Rn. 708).

<sup>113</sup> Vgl. oben unter II.B.4.b)(3)(c).

Ursprünglich wurde durch 47 U.S.C. 511(h) die Datenermittlung durch Strafverfolgungsbehörden bei Kabelfernsehanbietern verschärften Anforderungen unterworfen. Da diese Firmen zunehmend auch Telefon- und Internetdienste anbieten, stellte sich die Frage, ob diese dann den laxeren Standards für Telefon- und Internetanbieter unterliegen. Für den Fall, dass der Kabelfernsehanbieter in Bezug auf den aktuell zu überwachenden Anschlussinhaber auch Telefon- oder Internetdienste anbietet, wird durch Sec. 211 P. Act genau das veranlasst. Damit wird durch Sec. 211 P. Act die unter II.B.4.b)(3) erwähnte Besonderheit bei Kabelanbietern einer Lösung zugunsten der Strafverfolgungsbehörden zugeführt.

*(c) Informationen über die äußeren Umstände der Telekommunikation - Pen/Trap Orders*

Sec. 216 des P. Act erweitert die Möglichkeit für Strafverfolgungsbehörden, die äußeren Umstände einer auf telekommunikativer Ebene stattfindenden Konversation zu ermitteln. Unter den äußeren Umständen der Telekommunikation sind Informationen über die beteiligten Personen, die Tatsache, dass Kommunikation stattfindet sowie Zeit, Ort und Dauer derselbigen zu verstehen. Ursprünglich waren dieser weniger einschneidenden Überwachung nur klassische Telefongespräche unterworfen. 18 U.S.C. 3121(c) erfährt insoweit eine Änderung, als nunmehr jede Form der Kommunikation über Telefon oder Computer von Pen Registers (betreffend ausgehender Anrufe, Emails etc.) oder Trap and Trace Orders (betreffend eingehender Anrufe, Emails etc.)<sup>114</sup> erfasst ist.

Dies wird vor allem mit Blick auf E-Mails kritisch beurteilt. Diese Art der Überwachung war ursprünglich vor allem deshalb an weniger strenge Maßstäbe gebunden, weil nicht auf den Inhalt der geführten Konversation zugegriffen wird. Bei der Erfassung von E-Mails nach 18 U.S.C. 3121 ff. werden jedoch auch die Header-Informationen<sup>115</sup> der erfassen E-Mails von der Strafverfolgungsbehörde wahrgenommen, auch wenn die Mail an sich nicht geöffnet werden kann. Die Header-Informationen geben jedoch über mehr als nur die äußeren

---

<sup>114</sup> Wenn im Folgenden von Pen/Trap Order die Rede ist, so sind damit beide Elemente gemeint.

<sup>115</sup> Doyle, Charles. Legal Analysis S. 5; Immer in der Header-Informationen enthalten sind die Absenderangabe und das Datum der Erstellung der E-Mail. Über diese Informationen hinaus kann der Header einer E-Mail eine Reihe weiterer Angaben enthalten. Regelmäßig sind dies Informationen über den Weg, den die E-Mail genommen hat, über den Inhalt der Nachricht (Betreffzeile) ihr Format sowie Angaben zu den Empfängern (vgl. Postel, Jonathan B., SIMPLE MAIL TRANSFER PROTOCOL, in Request for Comments (RFC) abrufbar unter <http://tools.ietf.org/html/rfc821> (zuletzt besucht am 6.8.2013) S. 4.

Umstände der Kommunikation Aufschluss.<sup>116</sup> Aufgrund dieser Bedenken sieht 18 U.S.C. 3123(a)(3) in solchen Fällen eine Berichterstattung gegenüber einem Gericht vor.

Dennoch trägt beispielsweise die American Civil Liberties Union<sup>117</sup> weiterhin Bedenken hinsichtlich dieser Möglichkeiten der Überwachung vor. Insbesondere die schwache Stellung der Richter und die weit unter dem Probable Cause Standard des Vierten Zusatzartikels liegenden Voraussetzungen zur Erlangung einer Pen/Trap Order seien nicht hinnehmbar.<sup>118</sup> Die zuvor schon bestehenden Missstände setzten sich in dieser Erweiterung durch den P. Act fort. Insbesondere die mangelnde Definition der Begriffe „dialing, routing and signaling information“ in 18 U.S.C. 3121(c) als Ersatz für das bis dato in 18 U.S.C. 3121(c) genannten „call processing“ bergen nach Auffassung der ACLU Gefahren. Die gelte vor allem mit Blick darauf, dass die zu erlangenden Informationen durch die Pen/Trap Order lediglich „relevant“ in einer bestehenden Strafermittlung sein müssen, um eine entsprechende Genehmigung zu erhalten.<sup>119</sup>

Weiterhin wird kritisiert, dass sich die Pen/Trap Order nicht auf einen bestimmten Internet Service Provider (ISP) beschränkt. Der Vierte Zusatzartikel erfordere jedoch, dass das Objekt der Anordnung auch lokal spezifiziert ist. Auf heutige Sachverhalte übertragen, seien diese Erfordernisse durch eine so globale Pen/Trap Order nicht erfüllt.<sup>120</sup> Diese Einschätzung und die generelle Kritik an Sec. 216 des P. Act hängen maßgeblich von der Frage ab, ob die Ermittlung von Informationen über die äußeren Umstände von (elektronischer) Telekommunikation überhaupt unter den Schutz des Vierten Zusatzartikel fällt bzw. fallen sollte.

Die gerichtliche Anordnung einer Pen/Trap Order gilt nach Neuordnung durch den P. Act für das gesamte Bundesgebiet der Vereinigten Staaten und nicht mehr nur für einen Bundesstaat (18 U.S.C. 3123(b)(1)(C)). Die Grenze hinsichtlich der Zuständigkeit des anordnenden Gerichts ergibt sich nunmehr nur noch mit Blick auf die Zuständigkeit hinsichtlich des in Rede stehenden Delikts (18 U.S.C. 3127(2)(A)).

---

<sup>116</sup> *Doyle*, Charles, Legal Analysis S. 5.

<sup>117</sup> Im Folgenden ACLU.

<sup>118</sup> ACLU Veröffentlichung: <http://www.aclu.org/national-security/how-anti-terrorism-bill-limits-judicial-oversight-telephone-and-internet-surveillance> (zuletzt besucht am 5.2.2013).

<sup>119</sup> Ebenda.

<sup>120</sup> *Osher*, Steven A., PRIVACY, COMPUTERS AND THE PATRIOT ACT: THE FOURTH AMENDMENT ISN'T DEAD, BUT NO ONE WILL INSURE IT, in: Florida Law Review (2002) 54 Fla. L. Rev. 521.

18 U.S.C. 3124(d) legt fest, dass die Internetprovider oder Telefongesellschaften (teilweise auch in Gestalt von Kabelfernsehanbietern - vgl. Sec. 211 P. Act bzw. 47 U.S.C. 551<sup>121</sup>) sich keiner juristischen Handhabe der betroffenen Kunden aufgrund der Herausgabe von Daten und Informationen ausgesetzt sehen müssen. Der Ausschluss der zivilrechtlichen Haftung findet sich in Sec. 225 P. Act. Nach Sec. 815 P. Act wird diese sogar ausgeschlossen, wenn noch keine gerichtliche Anordnung auf Preisgabe der Daten ergangen ist, sondern der Internet- oder Telefonanbieter diese Daten im guten Glauben an die Rechtmäßigkeit des Begehrens der Strafverfolgungsbehörden weitergegeben hat.<sup>122</sup> Sec. 212 P. Act erlaubt den privaten Anbietern sogar die Mitteilung der Informationen über die äußeren Umstände der Telekommunikation gegenüber Strafverfolgungsbehörden ohne Anfrage der Behörden, wenn Gefahr für Leib oder Leben bei verzögerten Mitteilung zu erwarten ist. Diese Änderung wird mit der angestrebten Gleichschaltung der Anforderungen für die Offenlegung von äußeren Umständen der Kommunikation und der Inhalte begründet.

*"This section would also amend the law to allow communications providers to disclose non-content information (such as the subscriber's login records). Under current law, the communications provider is expressly permitted to disclose content information but not expressly permitted to provide non-content information. This change would cure this problem and would permit the disclosure of the less-protected information, parallel to the disclosure of the more protected information."<sup>123</sup>*

#### (4) Weitere Kompetenzerweiterungen

Eine weitere maßgebliche Veränderung der Ermittlungskompetenzen findet sich in Sec. 213 P. Act. Dort wird eine Erweiterung der sog. „Sneak and Peek“ Durchsuchungsanordnungen umgesetzt. Ein eine Sneak and Peek Anordnung erlaubt es den Ermittlungsbehörden eine Durchsuchung mittels tatsächlichen oder virtuellen Eindringens in die Privatsphäre des Adressaten durchzuführen, ohne einen greifbaren Gegenstand aus den gegebenenfalls betretenen Räumlichkeiten mitzunehmen. Kennzeichnend für die Änderung in Sec. 213 P. Act ist insbesondere, dass - unter gewissen, nunmehr weiter relativierten Bedingungen - eine Benachrichtigung über die durchgeführte Maßnahme nicht, bzw. erst nach geraumer Zeit geschieht. Zu den Details dieser Verzögerung kann auf II.B.4.b)(3)(b) verwiesen werden. Sec.

<sup>121</sup> S.o. unter II.B.4.b)(3)(b).

<sup>122</sup> Vgl. frühere Rechtslage in 18 U.S.C. 2703 (f).

<sup>123</sup> H. R. Rep. No.107-236 S. 58 (2001).

213 P. Act steht in einem sichtlichen Spannungsverhältnis zum Vierten Zusatzartikel. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass die Beschneidung der Notifikationspflicht diesen nicht berührte.<sup>124</sup> Sec. 213 unterliegt nicht der sunset provision in 224 P. Act.

Sec. 219 P. Act steht ebenso in einem Spannungsverhältnis zum Vierten Zusatzartikel. Er sieht den Erlass von Durchsuchungsanordnungen vor, die nicht nur in dem Erlassbundesstaat, sondern im gesamten Bundesgebiet und noch darüber hinaus Wirkung entfalten und vollstreckt werden können.

Nach der Rechtsprechung amerikanischer Instanzgerichte berührt die Sammlung von DNA-Material über eine Person per se keine grundrechtlichen Schutzbereiche.<sup>125</sup> Das amerikanische Bundesrecht erlaubte es bereits vor Verabschiedung des P. Act gem. 42 U.S.C. 14135a DNA Proben von Gefängnisinsassen zu sammeln und zu archivieren, sofern diese gewisse Straftaten begangen haben. Sec. 503 erweitert die Predicate Offenses um „any crime of violence“ sowie um „any terrorism offense“ und erweitert damit in großem Umfang die Möglichkeit DNA Material zu sammeln.

#### (5) Veränderungen durch den „Improvement and Reauthorization Act“ (2005)

In Sec. 224 enthält der P. Act eine sog. „sunset provision“, welche die von ihr betroffenen Regelungen mit dem 31.12.2005 auslaufen lassen, sofern sie nicht zwischenzeitlich durch den Kongress bestätigt werden. Die unter diesem Abschnitt besprochenen Sec. 201, 202, 209, 211, 216, 217 und 220 waren von Sec. 224 betroffen und wurden mit dem „USA PATRIOT Improvement and Reauthorization Act“ zu permanenten Regelungen gemacht.<sup>126</sup> Im Übrigen wurde die Liste der Predicate Offenses um zwanzig Delikte erweitert.

### **c) Kompetenzen nach dem FISA (Geheimdienste)**

#### (1) Einleitende Bemerkungen

---

<sup>124</sup> Doyle, Charles, Section-by-Section Analysis S. 10; Hierzu gibt es widersprüchliche Instanzrechtsprechung vgl.: Vgl. *United States v. Freitas*, 800 F.2d 1451, 1453; *United States v. Pangburn*, 983 F.2d 449; *United States v. Simons*, 206 F. 3d 392.

<sup>125</sup> *Roe v. Marcotte* 193 F.3d 72; *Shaffer v. Saffle* 148 F.3d 1180; *Rise v. Oregon* 59 F.3d 1556; *Jones v. Murray* 962 F.2d 302.

<sup>126</sup> Pub. L. No. 109-177.

Der „Foreign Intelligence Surveillance Act“ (FISA) ist ein vom Kongress 1978 verabschiedetes Gesetz, das die Auslandsaufklärung und Spionageabwehr der Vereinigten Staaten zum Gegenstand hat. Die Überwachung der Telekommunikation außerhalb der USA durch die Nachrichtendienste bedarf hiernach keiner Genehmigung durch ein Gericht. Sie kann vom Director of National Intelligence (NSA) oder dem Attorney General für die Dauer von jeweils bis zu einem Jahr angeordnet werden, wenn begründet angenommen wird, dass die Zielperson sich im Ausland aufhält, auch wenn es sich um einen amerikanischen Staatsbürger handelt. 2007 wurde diese Auslands Klausel im Protect America Act<sup>127</sup> weiter gelockert.

Bezüglich Ermittlungen im Inland regelt der FISA die näheren Umstände unter denen der Attorney General und das ihm unterstellte FBI einen Durchsuchungsbefehl gegen Personen erlangen können, die auf dem Boden der Vereinigten Staaten der Spionage gegen die USA verdächtigt werden. 1978 ging es ursprünglich nur um elektronische Überwachungsmaßnahmen, insbesondere um Telefonüberwachung und akustische Wohnraumüberwachung. Seit 1994 regelt der FISA auch die physische Durchsuchung von Wohnungen und Personen.<sup>128</sup> Später wurden Pen/Trap Orders sowie die Möglichkeit, Daten von Autovermietungen, Hotels und Motels sowie von Lagerraumvermietungen zu erlangen, in den Regelungsbereich des FISA aufgenommen.<sup>129</sup>

Durch den P. Act hat der FISA zahlreiche Änderungen und Ergänzungen erfahren. Sec. 218 P. Act gehört zu den umstrittensten Änderungen. Sec. 218 erweitert die Handlungsspielräume der amerikanischen Geheimdienste sowie der Strafverfolgungsbehörden und betrifft die Grenzen zwischen den Handlungsradien strafverfolgungsbehördlicher und geheimdienstlicher Ermittlungen.

Auch Sec. 203 P. Act treibt diese Entwicklung mittels einer größeren Informationsdurchlässigkeit von Ermittlungsergebnissen zwischen Geheimdiensten und Strafverfolgungsbehörden voran. Um die Reichweite und die Relevanz dieses und der anderen den FISA betreffenden Änderungen erfassen zu können, ist der Grund für die historisch

---

<sup>127</sup> Pub. L. No. 110-55.

<sup>128</sup> 50 U.S.C. 1821-1829.

<sup>129</sup> 50 U.S.C. 1841-1846; 50 U.S.C. 1861-1863 (2000 ed.).

gewachsene Trennung zwischen Geheimdiensten und Strafverfolgungsbehörden und die Ressentiments gegenüber einer Vereinheitlichung zu erörtern.<sup>130</sup>

(2) "a significant purpose" Sec. 218 P. Act

(a) *Die Separierung von Geheimdiensten und Strafverfolgungsbehörden (das Trennungsgebot)*

Ein wesentlicher Teil der Verfolgung des internationalen Terrorismus in der amerikanischen Sicherheitsgesetzgebung besteht darin, die Zusammenarbeit von Strafverfolgungsbehörden und Geheimdiensten zu „optimieren“. Informationsteilung und die Erweiterung der Grenzen, innerhalb derer Strafverfolgungsbehörden auf geheimdienstliche Kompetenzen zurückgreifen können, charakterisieren diesen Ansatz. Bereits ihrer Natur nach besteht zwischen den Tätigkeiten dieser Institutionen eine erhebliche Schnittmenge. Beide Behörden sind davon abhängig, zuverlässige Informationen über die Verdächtigen zu sammeln. Die Zwecke, für die sie daraufhin verwendet werden, sind allerdings unterschiedlich. Die Strafverfolgungsbehörden strengen aus einem konkreten Anlass - nämlich einer begangenen Straftat - Ermittlungen an, während Geheimdienste einen ständigen Informationsfluss zu gewährleisten haben, um wie ein Radar laufend Informationen zu aktualisieren, ohne sich auf einen akuten Ermittlungsgrund zu beziehen.<sup>131</sup> Aufgrund der grundsätzlichen Schnittmenge der Tätigkeiten halten Befürworter die Änderungen im P. Act, die zu einer Vereinheitlichung der beiden Institutionen führen, für sinnvoll.<sup>132</sup> Die Behörden sollten nach diesem Standpunkt in Zukunft in größerem Maße gegenseitig voneinander profitieren.

Eine solche Verflechtung birgt jedoch Gefahren. Als der FISA im Jahre 1978 geltendes Recht wurde, hatte man die extensiven Tätigkeiten des FBI zu Zeiten des COINTELPRO im Blick.<sup>133</sup> Man wollte ein anlassloses Wiretapping zumindest gegen amerikanische Staatsbürger unterbinden. Für Ermittlungen gegen Amerikaner sollten damit nur die innerstaatlichen Strafverfolgungsbehörden zuständig sein, welche bei Abhöraktionen den

<sup>130</sup> Vgl. Less, Steven S. 679 ff.; Osher, Steven A. S. 532.

<sup>131</sup> Banks, William C., AND THE WALL CAME TUMBLING DOWN: SECRET SURVEILLANCE AFTER THE TERROR, in: University of Miami Law Review (2003) 57 U. Miami L. Rev. 1152.

<sup>132</sup> Lieberman, Joseph, „Statement on Introduction of 9/11 Commission Extension“ vom 2. Februar 2004,

[http://hsgac.senate.gov/public/index.cfm?FuseAction=Issues.View&Issue\\_id=7fc772f8-29e7-47e3-84fb-c23b5c8914c7](http://hsgac.senate.gov/public/index.cfm?FuseAction=Issues.View&Issue_id=7fc772f8-29e7-47e3-84fb-c23b5c8914c7) (zuletzt besucht am 6. 2. 2013).

<sup>133</sup> Osher, Steven A. S. 532; s.o. II.A.3.

akuten Zusammenhang mit einer begangenen Straftat (innerhalb der Predicate Offenses in 18 U.S.C. 2516(1)) darlegen müssen.<sup>134</sup> Dies sind die Anforderungen, die der Gesetzgeber in Kapitel III des Omnibus Crime Control and Safe Streets Act festgelegt hat.<sup>135</sup> Es wurde die Gefahr gesehen, dass Amerikaner sonst möglicherweise nur wegen ihrer regierungsfeindlichen politischen Überzeugungen Adressaten einer Abhöraktion durch Geheimdienste würden.<sup>136</sup>

Um die Rechte der Bürger unter dem Vierten Zusatzartikel vor anlasslosen geheimdienstlichen Abhöraktionen und Durchsuchungen zu schützen, stellte der Supreme Court unter der Federführung von Justice *Powell* im Jahre 1972 in Sachen *Keith* Maßstäbe für das Trennungsgebot auf.

*„Different standards may be compatible with the Fourth Amendment if they are reasonable both in relation to the legitimate need of Government for intelligence information and the protected rights of our citizens. For the warrant application may vary according to the governmental interest to be enforced and the nature of the citizen rights deserving protection.“*<sup>137</sup>

Der Supreme Court stellte in dieser Entscheidung klar, dass anlasslose Abhöraktionen durch Geheimdienste gegen amerikanische Staatsbürger ohne Auslandsbezug die Kompetenzen des Präsidenten und der Geheimdienste übersteigen. Die hier entwickelten Anforderungen versuchte der Gesetzgeber in dem FISA im Jahre 1978 beispielsweise dadurch umzusetzen, dass die Sammlung von Informationen in Bezug auf einen ausländischen Geheimdienst *der* Zweck („*the purpose*“) einer anlasslosen Abhöraktion sein sollte. Es sollte eine „Firewall“ zwischen den Tätigkeiten von Strafverfolgungsbehörden und den Geheimdiensten errichtet werden.<sup>138</sup> Geheimdienste sollten nicht in Strafverfolgung involviert werden und die Strafverfolgungsbehörden sollten nicht aufgrund Ermächtigungsgrundlagen im FISA tätig werden.

(b) *Veränderungen durch Sec. 218 P. Act*

---

<sup>134</sup> S.o. II.B.4.b)(3)(c).

<sup>135</sup> S.o. II.B.4.b)(2)(a).

<sup>136</sup> *Banks, William C. S. 1151; Rancagh, John, The Agency: The Rise and Decline of the CIA 104-11 (1986).*

<sup>137</sup> *United States v. United States District Court* 407 U.S. 322-323 (1972).

<sup>138</sup> *Osher, Steven A. S. 532.*

Genau diese Firewall wird durch den P. Act teilweise niedergerissen. Sec. 218 P. Act greift in den Regelungsbereich des 50. Titels der amerikanischen Bundesgesetze ein, welcher mit „War and national Defense“ überschrieben ist. Hier ist der FISA verortet.

Der FISA soll Ermächtigungsgrundlagen zur Überwachung im nationalen Verteidigungsfall der USA bieten. Der Titel zeigt schon, wie die Regelungsmaterie im Grundsatz angelegt ist: Grundsätzlich soll nur im Ausnahmefall die Möglichkeit bestehen, dass auf die hier geregelten Ermächtigungsgrundlagen zurückgegriffen wird und damit nur im Ausnahmefall die strengeren Voraussetzungen des Kapitel III („Omnibus Crime Control and Safe Streets Act“) umgangen werden.<sup>139</sup> In vielerlei Hinsicht wurde deshalb der Zugang zu einer Anordnung nach dem FISA strikt auf die Ausforschung der Aktivitäten ausländischer Regierungen und ihrer Nachrichtendienste beschränkt - „War and national Defense“. Informationen über amerikanische Staatsbürger zu sammeln, sollte grundsätzlich jenseits des Zweckes des FISA sein.<sup>140</sup>

Sec. 218 P. Act schafft maßgebliche Veränderungen, indem nunmehr nicht nur diejenigen Fälle dem FISA unterliegen, in denen die Spionageabwehr „*der Zweck*“ („*the purpose*“) der Überwachung oder Durchsuchung ist, sondern auch solche in denen sie lediglich „*ein erheblicher Zweck*“ („*a significant purpose*“) der Maßnahme sind.<sup>141</sup> Zwar wurde durch den Supreme Court klargestellt, dass „*the purpose*“ nicht meinte, dass der Auslandsbezug der einzige Zweck einer solchen Überwachung sein musste. Er sollte vielmehr der primär leitende Faktor für die Anordnung der Überwachung sein.<sup>142</sup> Ursprünglich sollte diese Eingrenzung aber ein Hemmnis für die Ermittler einer Straftat sein, auf die Ermächtigungsgrundlagen des FISA zurückzugreifen. Durch Sec. 218 P. Act wird diese Trennung aufgehoben und es wird die Straftatermittlung als Nebenzweck einer Ermittlung unter dem FISA akzeptiert.<sup>143</sup>

Der Effekt dieser Erweiterung zeigt sich darin, dass die Nachrichtendienste nunmehr leichter ohne Wahrung der strengeren Voraussetzungen des Kapitel III („Omnibus Crime Control and

---

<sup>139</sup> S.o. unter II.B.4.b)(2)(a).

<sup>140</sup> Doyle, Charles, Legal Analysis S. 14.

<sup>141</sup> 50 U.S.C. 1804 (a) (6) (A).

<sup>142</sup> *United States v. Truong Dinh Hung*, 629 F.2d 908, 915 (4th Cir. 1980).

<sup>143</sup> H. R. Rep. No.107-236 S. 67 (2001) - Dabei ist zu bemerken, dass sogar in Diskussion war, „*the purpose*“ schlicht durch „*a purpose*“ zu ersetzen und das Wort „*significant*“ auszulassen. So wäre die Straftatermittlung als Hauptzweck neben der Spionageabwehr im FISA unter der Überschrift „War and national Defense“ akzeptiert worden. Dies hat sich nicht durchgesetzt (H. R. Rep. No. 107-236 S. 67 (2001)).

Safe Streets Act“)<sup>144</sup> Durchsuchungs- und Abhöraktionen auf der Grundlage des laxeren FISA durchführen können. Sowohl die einschränkenden Predicate Offenses in 18 U.S.C. 2516(1), wie auch der konkrete Bezug zu einer begangenen Straftat können außer Acht gelassen werden. Mithin muss die Strafverfolgungsbehörde den United States Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC) lediglich davon zu überzeugen, dass Grund zu der Annahme besteht, dass die Zielperson ein „agent of a foreign power“ ist. Für die Identifikation einer Person als „agent of a foreign power“ ist indes die Definition in 50 U.S.C. 1801 (b) maßgebend. In dem dort zu findenden Katalog, wird unter anderem folgender Definitionsansatz angeboten:

„ (b) ‚Agent of a foreign power‘ means--  
(1) any person other than a United States person, who-- [..]  
(C) engages in international terrorism or activities in preparation therefore;  
[..]“

Zieht man die im selben Abschnitt aufgeführte Definition der „terrorist activities“ hinzu, stellt sich diese Darlegungslast als erheblich weniger anspruchsvoll dar als die unter Kapitel III<sup>145</sup> gegenüber einem regulären Gericht.

In der Literatur wird diese Novellierung des FISA als verfassungsrechtlich nicht haltbare Abkehr von dem an sich einschlägigen Probable Cause Erfordernis des Vierten Zusatzartikels aufgefasst.<sup>146</sup> *Herman* ist der Auffassung, dass schon frühere Entwicklungen im Bereich des FISA solche Bedenken unvermeidlich aufkommen ließen und verweist darauf, dass dieses Gesetz bis dato noch keiner verfassungsrechtlichen Überprüfung durch den Supreme Court standzuhalten hatte.<sup>147</sup>

Nach Attorney General *Gonzales* führte diese Erweiterung des FISA durch Sec. 218 P. Act zu einer Vermehrung von FISA Anordnungen hinsichtlich Überwachungs- und Abhöraktionen von vierundsiebzig Prozent.<sup>148</sup>

---

<sup>144</sup> Vgl. oben unter II.B.4.b)(2)(a).

<sup>145</sup> Vgl. oben unter II.B.4.b)(2)(a).

<sup>146</sup> *Herman*, Susan N. S. 93.

<sup>147</sup> Ebenda.

<sup>148</sup> Anhörung vor dem „Senate Committee on Intelligence“, 109th Cong. 1 (2005) (Stellungnahme von Alberto Gonzales, Attorney Gen. Und Robert S. Mueller, III, Dir., FBI)  
<http://www.lifeandliberty.gov/subs/testimony/042705-ag-gonzalesfbimueller.pdf>. (zuletzt besucht am 6. 2. 2013).

Sec. 218 P. Act wurde bereits in Bezug auf seine Verfassungsmäßigkeit gerichtlich überprüft. Der FISC hat diese Verschiebung zwischen FISA Anordnungen und normalen richterlichen Anordnungen nach Kapitel III<sup>149</sup> als bedenklich erachtet.<sup>150</sup>

*„In some cases where this Court [FISC] was the “wall,” the procedures seemed to have functioned as provided in the Court’s orders; however, in an alarming number of instances, there have been troubling results.“<sup>151</sup>*

Nach der Auffassung des FISC wurde eben jene Firewall<sup>152</sup> zwischen Strafverfolgung und Spionageabwehr außer Kraft gesetzt.<sup>153</sup>

Die Entscheidung des FISC wurde durch das zuständige Appellationsgericht, den Foreign Intelligence Surveillance Court of Review (FISCR), überprüft. Dieser trat so zum ersten Mal zusammen.<sup>154</sup> Er nahm auf eine Passage der oben bereits zitierten Entscheidung des Supreme Court in Sachen *Keith*<sup>155</sup> Bezug, wonach eine Abweichung von den Probable Cause Voraussetzungen des Vierten Zusatzartikels gerechtfertigt werden könnte, wenn vernünftige Erwägungen hierfür sprechen.

*“ [Standards different from those imposed by Title III (Omnibus Crime Control and Safe Streets Act)] may be compatible with the Fourth Amendment if they are reasonable both in relation to the legitimate need of the government for intelligence information and the protected rights of our citizens.“<sup>156</sup>*

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe sah sich der FISCR nicht in der Lage, das Vorgehen der amerikanischen Ermittlungsbehörden im Zusammenhang mit den erweiterten Handlungsspielraum durch Sec. 218 P. Act für verfassungswidrig zu erachten. Die unter dem geltenden FISA bestehenden Anforderungen kämen den Anforderungen des Vierten Zusatzartikels zumindest nahe.<sup>157</sup> Der FISCR räumte jedoch ein:

*„The constitutional question presented by this case - whether Congress’s disapproval of the primary purpose test is consistent with the Fourth Amendment - has no definitive jurisprudential answer.“<sup>158</sup>*

---

<sup>149</sup> S.o. II.B.4.b)(2)(a).

<sup>150</sup> *Scaled Case*, 218 F. Supp. 2d 611 (FISA Ct. 2002).

<sup>151</sup> *Scaled Case* 218 F. Supp. 2d 611 S. 620.

<sup>152</sup> *Osher*, Steven A.

<sup>153</sup> *Ebenda*.

<sup>154</sup> *Scaled Case*, 310 F.3d 717 (FISA Ct. Rev. 2002).

<sup>155</sup> *Ebenda*.

<sup>156</sup> *Ebenda*.

<sup>157</sup> *Scaled Case* 310 F.3d 717, S. 746.

<sup>158</sup> *Ebenda*.

Dies war der einzige Fall, in dem der FISA in seiner geltenden Form einer richterlichen Überprüfung zugeführt wurde. Aus prozessualen Gründen gab es keine Möglichkeit diesen Fall bis zum Supreme Court zu bringen, da die amerikanische Regierung einziger Prozessbeteiligter war und diese eine Revision nach diesem Sieg nicht anstrebte. Ein A Certiorari Gesuch der ACLU und der „National Association of Criminal Defense Lawyers“ (NACDL) gerichtet an den Supreme Court, wurde von diesem in einer Prozessentscheidung abgewiesen.<sup>159</sup>

Befürworter des Sec. 218 P. Act sind mit der Regierung der Auffassung, dass ein großes Manko der bis dato bestehenden Terrorismusbekämpfung in einem unnötigen Informationsstau und an unnötigen Hindernissen zwischen Strafverfolgungsbehörden und geheimdienstlichen Ermittlungen lag. Mithin sei die Nivellierung der Grenzen zwischen diesen Institutionen eine wünschenswerte und effektive Methode zur Terrorismusabwehr.<sup>160</sup>

Das amerikanische Justizministerium schließt sich dieser Auffassung an:

*“there is no dichotomy between intelligence and law enforcement efforts to protect against terrorism and espionage.”<sup>161</sup>*

Von der Notwendigkeit einer Firewall zwischen den Institutionen wird nicht mehr gesprochen.

Obwohl Sec. 218 P. Act unter die „sunset provision“ fiel und die Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit dieser Erweiterung nicht abbricht, erweiterte der Kongress die Handlungsspielräume unter dem FISA weiter. Durch den Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act of 2004<sup>162</sup> und dem darin enthaltenen „Lone Wolf Amendment“ ist nunmehr die Anforderung an einen Antrag an den FISC zur Gewährung einer FISA Order noch laxer geworden. Dass der Adressat der Maßnahme ein „agent of a foreign power“ im eigentlichen Sinne sein muss, ist mittlerweile nicht mehr erforderlich.<sup>163</sup> Der Begriff „agent of a foreign power“ wird in 50 U.S.C. 1801 (b) nunmehr so definiert, dass jede Person, die in terroristische Aktivitäten involviert ist, ein „agent of a foreign power“ und damit Adressat

---

<sup>159</sup> *ACLU v. United States* 538 U.S. 920 (2003).

<sup>160</sup> Nat'l Comm'n on Terrorist Attacks upon the United States, *The 9/11 Commission Report* 416–19 (2004) <http://www.911commission.gov/report/911Report.pdf>. (zuletzt besucht am 6. 2. 2013).

<sup>161</sup> Supplemental Brief of the Department of Justice for the United States S. 8, *Sealed Case* 310 F.3d 717.

<sup>162</sup> Pub. L. No. 108-458, 6001, 118 Stat. 3638, 2742 (2004).

<sup>163</sup> 50 U.S.C. 1801; vgl. bereits oben unter II.B.4.c)(2)(b).

einer Überwachungsmaßnahme nach dem FISA sein kann, ohne dass irgendein Bezug zu einer ausländischen Macht besteht.<sup>164</sup>

*“If an order is sought under this definition of an “agent of a foreign power,” however, the applicant is not required to demonstrate a connection between the target of the electronic surveillance or the physical search and a foreign nation, foreign group, or international terrorist group. Nor does the Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC), in approving such an order, have to find probable cause to believe that such a connection existed.”<sup>165</sup>*

### (3) Gültigkeitsdauer einer Anordnung nach FISA

Eine Anordnung nach dem FISA behält nach Sec. 207 P. Act bei Durchsuchungs- und/oder Überwachungsanordnungen nunmehr 90 bzw. 120 Tage Gültigkeit anstatt - wie zuvor - 45 bzw. 90 Tage und kann bei der Erfüllung gewisser Voraussetzungen sogar bis zu einem Jahr verlängert werden. Der ursprüngliche Vorschlag des amerikanischen Justizministeriums ging in dieser Sache noch weiter.<sup>166</sup>

### (4) Roving Wiretaps

#### (a) Bisherige Rechtslage

Seit 1986 besteht für amerikanische Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit infolge einer gerichtlichen Anordnung sog. „Roving Wiretaps“ zu installieren. Eine Roving Wiretap Order ermöglicht es den Strafverfolgungsbehörden, jedes erdenkliche Telefon in eine gerichtlichen

---

<sup>164</sup> 50 U.S.C. 1801 (b) “Agent of a foreign power” means—

(1) any person other than a United States person, who—

(A) Act in the United States as an officer or employee of a foreign power, or as a member of a foreign power as defined in subsection (a)(4) of this section;

(B) Act for or on behalf of a foreign power which engages in clandestine intelligence activities in the United States contrary to the interests of the United States, when the circumstances of such person’s presence in the United States indicate that such person may engage in such activities in the United States, or when such person knowingly aids or abets any person in the conduct of such activities or knowingly conspires with any person to engage in such activities;

(C) engages in international terrorism or activities in preparation therefore;

(D) engages in the international proliferation of weapons of mass destruction, or activities in preparation therefor; or

(E) engages in the international proliferation of weapons of mass destruction, or activities in preparation therefor or on behalf of a foreign power;

<sup>165</sup> *Bazan*, Elizabeth B., *Intelligence Reform and Terrorism Prevention*

Act of 2004: “Lone Wolf” Amendment to the Foreign Intelligence Surveillance Act, CRS REP. NO. 22011 (Congressional Research Service, The Library of Congress, 29. Dezember 2004) S. 1.

<sup>166</sup> *Doyle*, Charles, *Legal Analysis* S. 14.

Abhörenordnung einzubeziehen. Normalerweise ist eine gerichtliche Anordnung zu einer solchen Überwachung nämlich an einen bestimmten Telefon- bzw. Internetanschluss gebunden. Auch Anschlüsse Dritter, die mit der in Rede stehenden Straftat nichts zu tun haben, sind hingegen bei einer Roving Wiretap Order von der Telefon- bzw. Internetüberwachung betroffen.

Die Anordnung eines Roving Wiretapping muss zum einen wiederum den Voraussetzungen des Kapitel III<sup>167</sup> gerecht werden. Voraussetzung ist weiter, dass die Zielperson ständig die Telefon- bzw. Internetzugänge wechselt.

Die Voraussetzungen, eine Roving Wiretap Order zu erlangen, wurden bereits im Jahre 1998 durch den Kongress herabgesetzt. Es blieb allerdings erforderlich, dass die Ermittler, bevor der Anschluss eines Dritten abgehört wurde, sicherzustellen hatten, dass die Zielperson in diesem Augenblick den Anschluss des Dritten verwendete und nicht der Dritte selber.<sup>168</sup> Ob diese Überwachungsmethode gegen den Vierten Zusatzartikel verstößt wurde noch nicht vom Supreme Court entschieden.<sup>169</sup>

#### *(b) Veränderungen durch den P. Act*

Sec. 206 P. Act überträgt diese Möglichkeit des Roving Wiretapping in den Bereich des FISA. Er ergänzt 50 U.S.C. 1805(c)(2)(B), sodass nunmehr auch der FISC eine solche Anordnung treffen kann, auch wenn keine der Predicate Offenses dargelegt wird. Diese Erweiterung ist vor allem deshalb bemerkenswert, weil keine Einschränkung entsprechend der in 18 U.S.C. 2518(12) gemacht wird, mithin nicht von der Ermittlungsinstitution sichergestellt werden muss, dass ausschließlich die Zielperson diesen Anschluss momentan verwendet.<sup>170</sup> Attorney General *Ashcroft* erachtet diese Erweiterung des FISA als nicht wesentlich.

*„[roving wiretap, which are permitted by section 206 of the P. Act do not violate the Fourth Amendment because they] do not eliminate the particularity*

---

<sup>167</sup> S.o. II.B.4.b)(2)(a).

<sup>168</sup> 18 U.S.C. 2518 (12).

<sup>169</sup> ACLU Veröffentlichung: <http://www.aclu.org/national-security/how-anti-terrorism-bill-limits-judicial-oversight-telephone-and-internet-surveillance> (zuletzt besucht am 5. 2. 2013).

<sup>170</sup> Ebenda.

*requirement [§] for search warrants; [they] merely substitute particularity of person for particularity of place.*<sup>171</sup>

Dieser Argumentation wird die Eingriffsintensität einer solchen Roving Wiretap Order entgegengehalten. Gerade an öffentlichen Plätzen, kann eine solche Anordnung unübersehbar viele Personen treffen. *Maclin* zeichnet folgendes Szenario:

*„If the government suspects that a particular target uses different pay phones at Boston's Logan Airport, then the government would have the power to wire all the public telephones at Logan Airport and the discretion to decide which conversations to monitor.*<sup>172</sup>

Auch die ACLU sieht gerade an öffentlichen Internetzugängen eine unübersehbare Gefahr zusammenhängend mit dieser Möglichkeit der anlasslosen Anordnung eines Roving Wiretapping.<sup>173</sup>

Bei den Diskussionen im Repräsentantenhaus wog indes die Feststellung schwerer, dass die Akteure des internationalen Terrorismus geschult seien, normalen Abhöraktionen durch ständigen Wechsel des Telefon- bzw. Internetanschlusses zu enttinnen. Daher sei eine solche Erweiterung der Kompetenzen alternativlos.<sup>174</sup>

#### (5) Pen/Trap Order unter FISA

Sec. 214 P. Act führt ebenso dazu, dass Restriktionen für strafverfolgungsbehördliche Ermittlungen wegfallen, indem im Bereich des FISA auf den strikten Auslands- und Spionagebezug verzichtet wird. Da das FISA nach seiner grundsätzlichen Ausrichtung nicht den Nachweis einer begangenen Straftat erfordert, führt das im Bereich der Pen/Trap Orders zu einer sehr niedrigen Schwelle für die Behörden, eine FISA-Anordnung zur Überwachung der äußeren Umstände von Kommunikationsvorgängen zu erlangen. Es muss nicht mehr dargelegt werden, dass die Informationen nur für Aktivitäten von Nicht-Amerikanern mit Bezug zu ausländischen Mächten oder verborgenen Tätigkeiten des internationalen

---

<sup>171</sup> *Osher*, Steven A. S. 530.

<sup>172</sup> *Maclin*, Tracey, On amending the Fourth: Another Grave Threat to Liberty, in: National Law Journal, 12.11.2001.

<sup>173</sup> ACLU Veröffentlichung: <http://www.aclu.org/national-security/how-anti-terrorism-bill-limits-judicial-oversight-telephone-and-internet-surveillance> (zuletzt besucht am 5. 2. 2013).

<sup>174</sup> H. R. Rep. No.107-236 S. 59 (2001).

Terrorismus gesammelt werden.<sup>175</sup> Nach den Modifikationen durch Sec. 214 P. Act ist nur noch erforderlich, dass diese Anordnung Teil einer Ermittlung gegen den internationalen Terrorismus oder verborgene Spionageaktivitäten ist, auch wenn dies amerikanische Staatsbürger betrifft. In Sec. 505 P. Act wird in gleicher Weise eine Erleichterung hinsichtlich des Zugangs von Geheimdiensten zu Aufzeichnungen von Telefongesprächen eingerichtet. Auch hier muss der Auslands- bzw. Spionagebezug nicht mehr unbedingt bestehen, 18 U.S.C. 2709(b).

Sec. 214 P. Act sorgt wie Sec. 216 dafür, dass nunmehr auch E-Mails von den Pen/Trap Orders erfasst sind. Dies lässt - wie oben unter II.B.4.b)(3)(c) bereits ausgeführt - Bedenken aufkommen, ob die Header-Informationen einer E-Mail ihrer Natur nach noch als ein äußerer Umstand der Kommunikation angesehen werden kann.<sup>176</sup> Lediglich wegen ihrer geringen Eingriffsintensität werden schließlich Pen/Trap Orders an geringe Erfordernisse gebunden. Das Repräsentantenhaus argumentiert hinsichtlich der Modifikation des FISA in dieser Hinsicht vor allem damit, dass so den Ermittlern eine schwere Last in der Aufdeckung mutmaßlicher terroristischer Aktivitäten genommen werde.<sup>177</sup>

Sec. 214 P. Act wurde durch den P. Reauthorization Act zu einer dauerhaften Regelung und unterfällt keiner „sunset provision“ mehr.

#### (6) Informationsteilung

Sec. 203 P. Act regelt einen maßgeblichen Punkt in der angestrebten Optimierung der Zusammenarbeit von Strafverfolgungsbehörden und den Geheimdiensten. Er geht aber weit über eine bloße Optimierung hinaus.

Ursprünglich war es Strafverfolgungsbehörden im Grundsatz verwehrt, während ihrer Ermittlungstätigkeit erlangte Informationen mit den Geheimdiensten zu teilen. Umgekehrt galt dasselbe.<sup>178</sup> Es bestanden nur enge Ausnahmeregelungen. Die historisch gewachsene Trennung dieser Institutionen, welche in ihrem Pflichtenkreis verschiedene Zielrichtungen verfolgen, entfaltete in dem Bereich der Teilung von Ermittlungsergebnissen in beide

---

<sup>175</sup> 50 U.S.C. 1842(c)(3)(2000ed.).

<sup>176</sup> Vgl. *Doyle*, Charles, Legal Analysis S. 5.

<sup>177</sup> H. R. Rep. No.107-236 S. 67 (2001).

<sup>178</sup> Vgl. oben unter II.B.4.c)(2)(a).

Richtungen ihre volle Wirksamkeit.<sup>179</sup> Diese Trennung wird durch Sec. 203 P. Act und den damit verwandten Sec. 905 und 908 P. Act aufgehoben.

Überdies betrifft Sec. 203(a) P. Act eine Änderung der amerikanischen Strafprozessordnung. Es soll gegenüber Strafverfolgungsbehörden, Geheimdiensten und den anderen für die nationale Sicherheit relevanten Behörden die strenge Vertraulichkeit von Informationen, die nur gegenüber einer Grand Jury zum Zwecke der Entscheidungsfindung in einem Strafverfahren offenbart werden, aufgehoben werden.

Nach Sec. 203 (b) P. Act ist es den Strafverfolgungsbehörden nunmehr erlaubt, Informationen über die Zielperson, welche gemäß einer gerichtlichen Anordnung nach Kapitel III des „Omnibus Crime Control and Safe Streets Act“<sup>180</sup> erlangt wurden, anderen Behörden (insbes. dem Geheimdienst) zugänglich zu machen. Dies gilt für Hinweise auf Spionagetätigkeiten oder für Hinweise auf Aktivitäten des internationalen Terrorismus<sup>181</sup> (18 U.S.C. 2517). Eine Berichterstattung über diesen Informationsaustausch gegenüber einem Richter ist nicht erforderlich.<sup>182</sup>

Sec. 203(d) P. Act betrifft die Informationsteilung in die andere Richtung. Mithin ist es den Geheimdiensten erlaubt für eine laufende Strafermittlung relevante Informationen an Strafverfolgungsbehörden weiterzuleiten, auch wenn diese gemäß einer richterlichen Anordnung nach Standards des FISA (50 U.S.C.: „War and national Defense“) ermittelt wurden. Auf diese Weise kommen Strafverfolgungsbehörden an Daten und Informationen, welche nicht unter Beachtung der für sie in Kapitel III<sup>183</sup> geltenden Standards erlangt wurden.

Die Aufnahme dieser Änderungen im FISA sowie in den Vorschriften für Strafverfolgungsbehörden ist von Bedenken sowie von Zuspruch gleichermaßen geprägt. Auf der einen Seite wird auf die historisch gewachsene Trennung von nachrichtendienstlicher Tätigkeit und Strafverfolgung hingewiesen. Die ACLU sieht Geheimdienste wieder in der

---

<sup>179</sup> Vgl. oben unter II.B.4.c)(2)(a).

<sup>180</sup> Vgl. II.B.4.b)(2)(a).

<sup>181</sup> Vgl. Def. in 50 U.S.C. 401a); 18 U.S.C. 2510(19).

<sup>182</sup> Eine Informationsweitergabe durch die Strafverfolgungsbehörden an genannte Institutionen, welche nicht den Voraussetzung des 18 U.S.C. 2517 entspricht, kann gem. 18 U.S.C. 2520 Disziplinarstrafen für den verantwortlichen Amtsträger nach sich ziehen. Im Übrigen unterlag Sec. 203(b) P. Act der sunset provision der Sec. 224 P. Act, wurde jedoch mit dem P. Reauthorization Act zu permanent geltendem Recht.

<sup>183</sup> Vgl. oben II.B.4.b)(2)(a).

Rolle, amerikanische Staatsbürger ausspionieren zu können - wie zu Zeiten des COINTELPRO.<sup>184</sup>

Vornehmlich wird jedoch argumentiert, dass die bis dato herrschende Trennung dieser Institutionen zu Unpraktikabilitäten und unnötigen Verzögerungen bei den Ermittlungen geführt hätten. Schon viel früher hätte die Möglichkeit bestehen müssen, Informationen zu teilen. So wären die Anschläge am 11. September möglicherweise zu verhindern gewesen. Informationen über zwei der Attentäter gab es bereits, wurden an die zuständigen Behörden nur nicht weitergeleitet.<sup>185</sup> Der ehemalige General Counsel der NSA *Baker* führte aus:

*"barriers to information-sharing between intelligence and law enforcement agencies have already cost us dearly in the fight against terror."*<sup>186</sup>

Andere sind der Auffassung, dass es zwar wichtig sei, die Informationspolitik zwischen den Institutionen einer effektiveren Verwertung zu befähigen. Der Grund für die mangelhafte Informationsauswertung sei bis dato jedoch nicht das geltende Recht gewesen, sondern vielmehr die nachlässige Praxis der Geheimdienste und der Strafverfolgungsbehörden.<sup>187</sup>

Als Reaktion auf eben diese Ressentiments sind die Änderungen in Sec. 905 und 908 P. Act zu verstehen, die eine Sensibilisierung der Behörden für Informationen schaffen sollen, die auch für andere Behörden als nur die eigene relevant sein könnten.

#### (7) Die Einbindung Dritter, National Security Letters

Ein wesentlicher Bestandteil des P. Act besteht darin, Regelungen zu schaffen, um Daten über die verdächtigen Zielpersonen von Dritten zu erlangen. Wie bereits oben angesprochen, können über sog. Pen/Trap Orders die äußeren Umstände der Kommunikation (beteiligte Personen; Tatsache, dass Kommunikation stattfindet; Zeitpunkt und Dauer der Kommunikation) von den jeweiligen Internet- oder Telefonanbietern erlangt werden.<sup>188</sup> Dies

---

<sup>184</sup> ACLU Veröffentlichung: Surveillance of Americans: How the Senate Anti-Terrorism Bill Puts the CIA Back in the Business of Spying on Americans, <http://www.aclu.org/national-security/how-anti-terrorism-bill-puts-cia-back-business-spying-americans> (zuletzt besucht am 29.11.2010).

<sup>185</sup> *Banks*, William C. S. 1164 m.w.N.

<sup>186</sup> *Baker*, Stewart, Grand Jury Secrecy Rules Help the Terrorists, Wall Street Journal vom 5. Oktober 2001 S. A14.

<sup>187</sup> Vgl. *Reibling*, Mark, The Wedge: The Secret War Between the FBI and CIA (Knopf, 1994); zur deutschen Debatte vgl. unten unter IV.C.3.b).

<sup>188</sup> Vgl. II.B.4.b)(3).

wird im FISA durch den P. Act dahingehend weitergeführt, als in Sec. 205 P. Act<sup>189</sup> Dritte bei der Durchführung einer Roving Wiretap Order behilflich sein müssen. Ihre zivil- und strafrechtliche Haftung gegenüber den Zielpersonen, die meist deren Kunden sind, wird durch Sec. 215 P. Act (18 U.S.C. 1805(h)) ausgeschlossen. Eine Beschränkung der Informationspreisgabe durch Dritte, wie sie bis dato noch in 50 U.S.C. 1861-1863 (2000 ed.) zu finden war, wurde durch den P. Act aufgehoben, sodass nunmehr den Behörden sämtliche Arten von Informationen mitgeteilt werden müssen. Weiterhin sind sie zur Herausgabe sämtlicher greifbarer Sachen („tangible items“) verpflichtet. Durch Sec. 358 P. Act wird im Übrigen in viele Gesetze - Currency and Foreign Transaction Reporting Act; Bank Secrecy Act; Financial Privacy Act; Fair Credit Reporting Act - eingegriffen und es werden zuvor unter diesen Gesetzen streng vertraulich behandelte (Finanz-) Informationen den Behörden zugänglich gemacht. Dritte werden zur Kooperation verpflichtet.

Diese Zielrichtung verfolgen auch die durch Sec. 505 P. Act erweiterten sog. „National Security Letters“ (NSL). Ein NSL enthält die Aufforderung einer amerikanischen (Ermittlungs-) Behörde (z.B. FBI, CIA oder des Verteidigungsministeriums) an einen Dritten (z.B. ein Unternehmen), Informationen verschiedenster Art offenzulegen. Insbesondere drei Gesetze - Electronic Privacy Act, the Right to Financial Privacy Act, Fair Credit Reporting Act - schützen ausweislich ihres Regelungszwecks die Gewährleistung der Vertraulichkeit von Informationen, die Dritten anvertraut worden sind. Infolge eines NSLs wird die Weitergabe eben jener Daten erzwungen. Sec. 505 P. Act erweitert insbesondere im Bereich strafverfolgungsbehördlicher Ermittlungen die Möglichkeiten, einen solchen NSL auszustellen. Er gibt weiterhin dem FBI weiter reichende Kompetenzen, empfindliche Daten von Dritten herauszuverlangen, sofern das FBI nachweisen kann, dass diese Informationen für Ermittlungen unter dem FISA relevant sind. Dessen Voraussetzungen sind hinsichtlich des Auslandsbezuges infolge anderer Bestimmungen des P. Act - wie ausgeführt - wesentlich weniger strikt, als noch vor Verabschiedung des P. Act.<sup>190</sup>

Sec. 505 P. Act enthält eine umfassende „Gag Order“. Diejenigen, die aufgrund eines solchen NSL beispielsweise Kundendaten herausgeben müssen, dürfen darüber niemandem Auskunft erteilen. Dies gilt gegenüber den Betroffenen, wie auch gegenüber dem eigenen Anwalt.

---

<sup>189</sup> Vgl. bereits oben II.B.4.c)(4) 18 U.S.C. 1805(c)(2)(B).

<sup>190</sup> S.o. unter II.B.4.c)(2)(b).

Die ACLU sieht insbesondere in der Gag Order einen Verstoß sowohl gegen den vierten, wie auch gegen den Ersten Zusatzartikel. Die Gag Order sei nach Auffassung der ACLU unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht haltbar.

*„Through NSLs the FBI can compile vast dossiers about innocent people and obtain sensitive information such as the web sites a person visits, a list of e-mail addresses with which a person has corresponded, or even unmask the identity of a person who has posted anonymous speech on a political website. The provision also allows the FBI to forbid or "gag" anyone who receives an NSL from telling anyone about the record demand. Since the Patriot Act was authorized in 2001, further relaxing restrictions on the FBI's use of the power, the number of NSLs issued has seen an astronomical increase.“<sup>191</sup>*

Nach Angaben der ACLU sind zwischen 2003 und 2006 allein vom FBI fast 200.000 NSLs ausgestellt worden. Angeblich seien von dem zuständigen Inspector General ernsthafte Missbräuche durch das FBI nachweisbar.<sup>192</sup>

Das House Committee on the Judiciary sieht hingegen in den zuvor existierenden Restriktionen zur Ausstellung eines NSL schwerwiegende Behinderungen der Ermittlungen gegen den internationalen Terrorismus, da stets der unmittelbare Bezug zu Spionagetätigkeiten habe nachgewiesen werden müssen und die Strafverfolgungsbehörden ohne einen solchen Nachweis nicht in der Lage gewesen seien, innerhalb eines kurzfristigen Zeitraums einen NSL zu erlangen.<sup>193</sup> Dies habe eine effektive Bekämpfung des internationalen Terrorismus konterkariert.<sup>194</sup>

Vor allem wegen der Gag Order wurden im Folgenden durch die ACLU gerichtliche Überprüfungen dieser Vorschriften angestrengt, welche mit der Entscheidung des United States District Court, des südlichen Bezirks New York in Sachen *Doe v. Ashcroft* auch Erfolg hatten.<sup>195</sup> Aus verschiedenen Gründen, aber vor allem gestützt auf Verletzungen des Ersten und Vierten Zusatzartikels wurde die Verschwiegenheitsverpflichtung (Gag Order) und die mangelhaften Möglichkeiten einer richterlichen Überprüfung solcher NSL für verfassungswidrig erklärt.

---

<sup>191</sup> ACLU Veröffentlichung: National Security Letters, <http://www.aclu.org/national-security-technology-and-liberty/national-security-letters> (zuletzt besucht am 6. 2. 2013).

<sup>192</sup> Ebenda.

<sup>193</sup> *Doyle*, Charles, Section-by-Section Analysis S. 41 m.w.N.

<sup>194</sup> *Doyle*, Charles, Section-by-Section Analysis S. 41.

<sup>195</sup> 334 F.Supp.2d 471.

## (8) Rechtsschutz und Revision durch den FISC

Mit dem FISA wurde 1978 der United States Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC) geschaffen. Dies ist ein Gericht, das ausschließlich zur Beratung von FISA-Fällen zusammentritt, und die Überwachung oder Durchsuchung anordnen muss. Um eine Observierung eines amerikanischen Staatsbürgers nach dem FISA durchführen zu können, muss folglich dem FISC ein Antrag zur Genehmigung vorgelegt werden. Insbesondere fällt die Überwachung durch den Inlandsgeheimdienst FBI in dessen Zuständigkeitsbereich. Bei Gefahr im Verzug wird die Maßnahme durch den Attorney General angeordnet, das FISC muss jedoch unverzüglich informiert werden und kann innerhalb von einer Woche die Maßnahme nachträglich genehmigen. Sofern der FISC eine Maßnahme nicht genehmigt, besteht für den Attorney General die Möglichkeit den FISC anzufragen.<sup>196</sup> Die Verhandlungen in beiden Gerichten finden unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt.

Durch Sec. 208 P. Act wird die Zahl der Richter des FISC von sieben auf elf erweitert, 50 U.S.C. 1803(a). Sie werden vom Vorsitzenden Richter des Supreme Court ernannt.

Am 20. Dezember 2005 verließ Richter *Robertson* aus Protest gegen die gängige Überwachungspraxis den FISC, da vier Tage zuvor die Nachricht veröffentlicht wurde, dass die Regierung Telefonüberwachungen ohne Genehmigung des FISC durchgeführt hatte.<sup>197</sup> Im Mai 2006 wurde weiterhin bekannt, dass die NSA ohne Anordnung des FISC Daten des Telefonverkehrs von Millionen US-Bürgern speichert und auswertet. Die Regierung berief sich dabei auf präsidiale Kompetenzen im Rahmen des „War on Terror“.<sup>198</sup>

## (9) Die dem P. Act folgenden Änderungsgesetze zum FISA

2007 wurde im Protect America Act<sup>199</sup> die Auslandsklausel im FISA gelockert. Es durften daraufhin auch Amerikaner abgehört werden, wenn begründet dargelegt werden konnte, dass sie sich im Ausland aufhielten. Dies konnte ohne eine Anordnung des FISC geschehen, da aus

---

<sup>196</sup> Vgl. oben unter II.B.4.c)(2)(b).

<sup>197</sup> *Braum*, Stephen, Former FISA judge says secret court is flawed, auf: [www.ensnews.com](http://www.ensnews.com/news/article/former-fisa-judge-says-secret-court-flawed) <http://www.ensnews.com/news/article/former-fisa-judge-says-secret-court-flawed> (zuletzt besucht am 2.8.2013).

<sup>198</sup> *Sanger*, David E.; *O’Neil*, John, White House Begins New Effort to Defend Surveillance Program, The New York Times, Artikel vom 23.1.2006 [http://www.nytimes.com/2006/01/23/politics/23end-wiretap.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2006/01/23/politics/23end-wiretap.html?_r=0) (zuletzt besucht am 2.8.2013).

<sup>199</sup> Pub. L. No. 110-55.

der Definition der elektronischen Überwachung solche Vorgänge ausgenommen wurden, die auf beiden Seiten außerhalb der USA stattfanden. Die Regierung trug damit den veränderten Möglichkeiten der elektronischen Kommunikation Rechnung. Ausländer und Amerikaner im Ausland verwenden E-Mail-Accounts bei US-Providern. Damit werden internationale Telefongespräche sowie Internet-Verbindungen über die USA geführt, auch wenn Start- und Endpunkt im Ausland liegen. Somit ist ein Kommunikationsvorgang von Amerikanern und Ausländern vor der Durchführung einer Überwachung nicht zu unterscheiden.

Die ACLU und andere Bürgerrechtsvereinigungen hielten die Änderung für eine völlige Freigabe der Überwachung ohne die Restriktion durch gewachsene Mechanismen zum Schutz des Vierten Zusatzartikels.<sup>200</sup>

*„In effect, the government may now scoop up all communications coming into or out of the United States, as long as it is targeting no one American in particular and the program is “directed at” the foreign end of the communication. Whether the target or not, American phone calls, emails and internet use will be recorded by our government, and without any suspicion of wrongdoing.“<sup>201</sup>*

Der Protect America Act unterlag einer sunset provision und trat im Februar 2008 automatisch wieder außer Kraft.

Im Juli 2008 stimmte der Kongress nach langen Debatten einer weiteren Änderung des FISA zu.<sup>202</sup> In dieser werden die Regelungen des Vorjahres aus dem Protect America Act bis 2012 übernommen. Es wird damit rechtswidrig handelnden Regierungsbehörden und -mitarbeitern, sowie den Personen, Institutionen und Unternehmen, welche an der Datenermittlung der Behörden beteiligt waren<sup>203</sup>, nachträglich umfassende Indemnität gewährt. Zudem wird die Vernichtung gesetzlich vorgeschriebener Protokollführungen nachträglich erlaubt. Gleichzeitig stellte der Kongress klar, dass die Kommunikation von Amerikanern im Ausland nur aufgrund eines ordentlichen Gesetzes überwacht werden darf. Der US-Präsident kann sich hiernach weder auf erweiterte Befugnisse im Fall des Kriegszustands noch auf eine generelle Unabhängigkeit der Exekutive von Eingriffen der Judikative („executive privilege“) berufen.

---

<sup>200</sup> ACLU Veröffentlichung: Analysis of the Protect America Act, <http://www.aclu.org/national-security/aclu-analysis-protect-america-act> (zuletzt besucht am 6. 2. 2013).

<sup>201</sup> Ebenda.

<sup>202</sup> Pub. L. No. 110-261.

<sup>203</sup> Vgl. oben II.B.4.c)(7).

Im Dezember des Jahres 2012 wurde die Geltung dieser Regelungen bis Ende 2017 verlängert.<sup>204</sup>

#### *d) Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung*

Ein wesentlicher Teil der Terrorismusbekämpfung ist durch die Bemühung der amerikanischen Regierung gekennzeichnet, dem internationalen Terrorismus die Finanzierungsmöglichkeiten zu verschließen. Dies hat nicht nur zu einer maßgeblichen Erweiterung und Modifizierung des Geldwäschetatbestandes und der damit zusammenhängenden Straftatbestände geführt. In Teilen der Literatur wird dieses Vorgehen *Bushs* im Anschluss an den 11. September vielmehr als „economic war on international terrorism“ bezeichnet.<sup>205</sup>

Die durch den P. Act inkorporierte Gesetzgebung entfaltet auf drei Ebenen ihre Wirkung. Sie verändert zum einen direkt die Straftatbestände der Geldwäsche sowohl auf Tatbestands- wie auch auf Rechtsfolgenebene. Zum anderen greift sie in die Verschwiegenheitspflicht der Banken ein. Drittens fasst sie neue Regelungen zum Schutze des amerikanischen Dollars. Dieser „economic war on terrorism“ nimmt einen überwiegenden Anteil der gesetzgeberischen Reaktionen im Hinblick auf die Terrorismusbekämpfung ein. Nicht nur Parlamentsgesetze tragen hierzu bei, sondern vor allem autonome Entscheidungen der Exekutive. Mit der Executive Order 13.224 ordnete *Bush* beispielsweise bereits am 25. September 2001 die Einfrierung von Konten an, welche mutmaßlich in die Finanzierung terroristischer Aktivitäten involviert waren.<sup>206</sup>

In der vorliegenden Arbeit soll der Schwerpunkt der Untersuchungen gerade mit Blick auf den vergleichenden Teil nicht auf dem Gebiet der Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung liegen und damit nur eine umrisshafte Darstellung dieses Aspekts erfolgen.

---

<sup>204</sup> U.S. Senate Roll Call Votes 112th Congress - 2nd Session, H.R. 5949 (FISA Amendments Act Reauthorization Act of 2012) ([http://www.senate.gov/legislative/LIS/roll\\_call\\_lists/roll\\_call\\_vote\\_cfm.cfm?congress=112&session=2&vote=00236](http://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_lists/roll_call_vote_cfm.cfm?congress=112&session=2&vote=00236)).

<sup>205</sup> *Lehrer*, Rudolf, UNBALANCING THE TERRORISTS' CHECKBOOK: ANALYSIS OF U.S. POLICY IN ITS ECONOMIC WAR ON INTERNATIONAL TERRORISM, in: Tulane Journal of International and Comparative Law (2002) 10 Tul. J. Int'l & Comp. L. 333.

<sup>206</sup> 66 Fed. Reg. 49.079.

## (1) Straftatbestände

Durch den P. Act wurde auf materiellrechtlicher Ebene der bundesgesetzliche Straftatbestand zur Geldwäsche erweitert. Er enthält nicht nur eine Reihe von neu gestalteten Straftatbeständen, sondern auch Ergänzungen zu den bisherigen, sowie Verschärfungen der zu verhängenden Strafen.

Wie auch im deutschen Recht sind die Vortaten, an welche die Geldwäsche anzuknüpfen hat, enumerativ und abschließend aufgezählt. Diese Liste in 18 U.S.C. 1956 wird durch den P. Act erweitert. Es werden in 18 U.S.C.(c)(7)(B) Straftaten zu einer geeigneten Vortat gemacht, welche auch die Gesetze anderer Staaten verletzen und bei denen Finanztransaktionen involviert sind.<sup>207</sup> Damit will der Gesetzgeber sowohl national, aber vor allem auch international agierenden Terroristen die Möglichkeit nehmen, sich mittels Geldwäsche über amerikanische Finanzinstitutionen zu finanzieren.

*„The additional crimes include all crimes of violence, public corruption, and offenses covered by existing bilateral extradition treaties. The Committee intends this provision to send a strong signal that the United States will not tolerate the use of its financial institutions for the purpose of laundering the proceeds of such activities.“*<sup>208</sup>

In der Literatur wurden diese Änderungen im Rahmen des P. Act weitgehend zustimmend und weniger kritisch aufgefasst als viele andere.<sup>209</sup> Sie werden als probates Mittel zur Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung bewertet, auch wenn die Erweiterungen der Predicate Offenses als weitreichend eingeschätzt werden.<sup>210</sup>

*„This expansion makes it possible to prosecute any person who conducts a financial transaction in the United States involving the proceeds of such offenses, and makes it an offense to send any money from any source into or*

---

<sup>207</sup> Weiterhin sind nunmehr die falsche Klassifizierung von Gütern, die widerrechtliche Einfuhr von Waffen, der illegale Waffenhandel, Computerbetrug sowie Delikte in Verbindung mit dem Foreign Agents Registration Act Vortaten, welche eine Geldwäschestrafbarekeit auslösen.

<sup>208</sup> H.R.Rep.No. 107-250 S. 55 (2001).

<sup>209</sup> Vgl. unten II.B.4.d)(2).

<sup>210</sup> Kendall, Joc; Barron, Pamela O.; Allenbaugh, Mark H., THE DILIGENCE DUE IN THE ERA OF GLOBALIZED TERRORISM, in: International Lawyer (2002) 36 Int'l Law. 49, 54.

*out of the United States with the intent to promote one of these foreign offenses.*<sup>211</sup>

Der P. Act erhöht in den Sec. 301 ff. teilweise massiv das Höchststrafmaß verschiedener Delikte im Zusammenhang mit der Geldwäsche und der Fälschung inländischer und ausländischer Wertpapiere. So wird beispielsweise der bloße Besitz gefälschter ausländischer Schuldverschreibungen nicht mehr mit einem Höchstmaß von einem Jahr, sondern nunmehr mit einem Höchstmaß von zwanzig Jahren Freiheitsstrafe geahndet.<sup>212</sup> Die gleiche Strafmaßerhöhung ergibt sich bei der Veräußerung gefälschter ausländischer Banknoten.<sup>213</sup> Im Übrigen werden in Sec. 371 P. Act die Einfuhr von Bargeld und die damit verbundenen Anzeigepflichten deutlich strikter ausgestaltet. Sec. 371 P. Act schafft einen neuen Straftatbestand namens „bulk cash smuggling“, welcher den Schmuggel von Zahlungsmitteln mit dem Schmuggel von Waffen oder gefälschten Zahlungsmitteln auf eine Stufe stellt.<sup>214</sup>

## (2) Informationsgewinnung

Ein wesentliches Element der Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung ist der Zugang staatlicher Ermittlungsbehörden zu Informationen, welche unter normalen Umständen strenger Vertraulichkeit unterliegen. Aufgrund des enormen Umfangs der Gesetzgebung in diesem Bereich kann hier nur auf ausgewählte Beispiele eingegangen werden, welche jedoch repräsentativ sind.

Durch den P. Act wurden die sog. „reporting requirements“, die zahlreiche Finanzinstitutionen treffen, wesentlich erweitert. Über Transaktionen im Bargeld- wie auch im Überweisungsverkehr, die ein 10.000 US Dollar übersteigendes Volumen haben, muss nicht mehr nur gegenüber dem Internal Revenue Service (IRS), sondern auch gegenüber dem Treasury Department's Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN) Bericht erstattet werden.<sup>215</sup>

Im Übrigen müssen die Finanzinstitutionen infolge der Sec. 311 ff. P. Act weitergehenden Rechenschafts- und Dokumentationspflichten genügen, sofern ausländische Finanzakteure

---

<sup>211</sup> Ebenda.

<sup>212</sup> 18 U.S.C. 480.

<sup>213</sup> 18 U.S.C. 483.

<sup>214</sup> Kendall, Joe; Barron, Pamela O.; Allenbaugh, Mark H. S. 55.

<sup>215</sup> Doyle, Charles, Legal Analysis S. 25; 31 U.S.C. 5331; 31 U.S.C. 5312.

beteiligt sind. Insoweit werden die Grenzen der „know-your-customer“ Dokumentations- und Informationspflichten erweitert.<sup>216</sup>

Sec. 351 und 355 P. Act betreffen die Haftung für eine gesetzeswidrige Offenlegung von Daten über Beteiligte an verdächtigen Transaktionen, soweit diese freiwillig und ohne behördliche Anordnung geschehen. Die Immunität der Finanzinstitutionen bei einer solchen Offenlegung wird durch diese Sec. erweitert.

Weiterhin stehen im Mittelpunkt dieser Einflussnahme der US Regierung auf die Informationspolitik der Finanzinstitutionen erweiterte sog. „Due Diligence Standards“. Nach diesen müssen Banken betriebsinterne Prozesse dahingehend optimieren, dass verdächtige Transaktionen mit Auslandsbezug, die über amerikanische Bankkonten abgewickelt werden, früh aufgedeckt werden und darüber Bericht erstattet wird. Nach Sec. 312 P. Act müssen im Bereich des Private Bankings bei Konten mit einem Guthaben ab einer Mio. US Dollar Informationen über Kontoinhaber und die Quelle der Geldeingänge dokumentiert und gespeichert werden.

In der Literatur wurden diese Maßnahmen oftmals als logische Folge der globalisierten Wirtschaft angesehen. Es stünde eine globale Compliancekultur hinsichtlich dieser Dokumentations- und Rechenschaftspflichten auf dem Plan, welche im Internationalen Wirtschaftsverkehr alternativlos sei und folgendermaßen charakterisiert wird:<sup>217</sup>

*„According to President Bush, the United States has put the world's financial institutions on notice: if you do business with terrorists, if you support them or sponsor them, you will not do business with the United States of America.“*<sup>218</sup>

### (3) Vermögenseinziehung

In den Sec. 316 ff. und insbesondere in Sec. 106 sowie 806 des P. Act finden sich Erweiterungen der Möglichkeiten der Exekutive, das Vermögen - Eigentum in Form von beweglichen und unbeweglichen Sachen sowie Geld - von Terrorismusverdächtigen einzuziehen bzw. einzufrieren.

---

<sup>216</sup> Doyle, Charles, Legal Analysis S. 28.

<sup>217</sup> Kendall, Joc; Barron, Pamela O.; Allenbaugh, Mark H. S. 62.

<sup>218</sup> Ebenda.

Insbesondere gegen die Sec. 106 und 806 P. Act werden Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit geäußert. Durch Sec. 106 P. Act wird unter anderem der International Emergency Economic Powers Act (IEEPA)<sup>219</sup> modifiziert. Dieser soll es dem Präsidenten möglich machen, in besonderen Bedrohungsszenarien die damit zusammenhängenden Bankkonten einzufrieren. Er greift weiterhin in den Trading with the Enemy Act (TWEA)<sup>220</sup> ein, wonach es möglich ist, in Zeiten des Krieges das Eigentum von Ausländern zu konfiszieren. Dieser wurde beispielsweise zu Konfiskation des Eigentums japanischstämmiger Amerikaner in den 1940er Jahren angewendet.<sup>221</sup> Sec. 106 P. Act erweitert den IEEPA insoweit, als der Präsident nunmehr jegliches Eigentum innerhalb der USA konfiszieren darf, welches einem Ausländer, einer ausländischen juristischen Person oder einem anderen Land gehört. Voraussetzung ist, dass diese in irgendeiner Weise bei einem Angriff gegen die Vereinigten Staaten Unterstützung geleistet haben. Die tatsächlichen Anhaltspunkte und Beweismittel, auf denen eine solche Einziehung der Vermögenswerte basiert, bleiben dem Adressaten auch bei einer in der Folge angestrebten richterlichen Untersuchung verborgen.<sup>222</sup> Sec. 316 P. Act erlaubt in einer richterlichen Überprüfung lediglich den Einwand des Adressaten, dass die Einziehung den Voraussetzungen der Sec. 106 P. Act nicht genügt oder dass er ein sog. „Innocent Owner“ gemäß 18 U.S.C. 983(d) ist.<sup>223</sup> Wegen 18 U.S.C. 983(i)(2)(D) gilt diese Innocent Owner Entlastung für Fälle unter dem IEEPA und dem TWEA grundsätzlich nicht. Dies ist ein nicht aufzulösender Widerspruch. Der Adressat der Maßnahme trägt für sämtliche entlastende Umstände die Beweislast.<sup>224</sup>

Teilweise überlappen sich die Regelungen in Sec. 106 und 806 P. Act. Sec. 806 P. Act ist speziell auf die Einziehung und Einfrierung von Vermögenswerten von Terroristen zugeschnitten. Er erlaubt die Konfiszierung von Vermögenswerten jeglicher natürlichen oder juristischen Person oder Organisation, ungeachtet wo man dieser habhaft wird. Es muss lediglich eine Involvierung in den nationalen oder internationalen Terrorismus gegeben sein.

---

<sup>219</sup> 50 U.S.C. 1701ff.

<sup>220</sup> 50 U.S.C. App. 1.

<sup>221</sup> Vgl. II.A.2; *Lyon*, Paul S.35.

<sup>222</sup> *Doyle*, Charles, Section-by-Section Analysis S. 41.

<sup>223</sup> (d) Innocent Owner defense. - (1) An Innocent Owner's interest in property shall not be forfeited under any civil forfeiture statute. The claimant shall have the burden of proving that the claimant is an Innocent Owner by a preponderance of the evidence.

(2)(A) With respect to a property interest in existence at the time the illegal conduct giving rise to forfeiture took place, the term "Innocent Owner" means an owner who--

(i) did not know of the conduct giving rise to forfeiture; or

(ii) upon learning of the conduct giving rise to the forfeiture, did all that reasonably could be expected under the circumstances to terminate such use of the property.

<sup>224</sup> Vgl. *Doyle*, Charles, Section-by-Section Analysis S. 41.

Maßgebend hierfür ist die Definition in 18 U.S.C. 2331. Es handelt sich um Rechtsbegriffe, welche vager nicht formuliert sein könnten und damit berechtigte Zweifel an inhaltlicher Bestimmtheit hervorrufen. Hinsichtlich der richterlichen Überprüfung einer solchen Einziehung greift hingegen wieder die Möglichkeit der Innocent Owner Entlastung.<sup>225</sup>

Weder Sec. 106 noch 806 P. Act erfordern für die Anordnung und Durchführung einer Einziehung von Vermögensgegenständen eine Verurteilung des Adressaten. Sowohl Sec. 106 als auch 806 P. Act erfordern keinerlei Verbindung zwischen den eingezogenen Gegenständen der mutmaßlichen Terroristen und dem terroristischen Akt an sich. Soweit Sec. 106 P. Act lediglich Ausländer erfasst, ist eine solche Einschränkung in Sec. 806 P. Act nicht zu finden.<sup>226</sup>

Im Jahre 1947 hatte der Supreme Court die ähnlich laufenden Bestimmungen des TWEA in dem Fall *Silesian American Corp. v. Clark* einer richterlichen Revision zu unterziehen und befand diese grundsätzlich für verfassungsgemäß.<sup>227</sup> Es bleibt jedoch festzustellen, dass damals - anders als in Sec. 806 P. Act - keine amerikanischen Staatsbürger erfasst waren.

Aus verschiedenen Gesichtspunkten werden den Sec. 106 und 806 P. Act verfassungsrechtliche Bedenken entgegengebracht. Zum einen im Hinblick auf die im Achten Zusatzartikel festgeschriebenen „excessive fine clause“, nach der keine Vermögenseinziehung außer Verhältnis zu der in Rede stehenden Straftat stehen darf. Weiterhin bestehen Bedenken hinsichtlich des Fünften Zusatzartikels, welcher vor solchen Konfiskationen schützen soll, bei denen keine Rehabilitation mehr möglich ist.<sup>228</sup>

Auf der einen Seite wird argumentiert, dass die terroristischen Aktivitäten, die zur Einziehung von Vermögensgegenständen nach den Sec. 106 und 806 P. Act führen, von solcher Schwere seien, dass diese Einschränkungen nicht greifen könnten.<sup>229</sup>

Dagegen wird wiederum vorgebracht, dass die Einziehungen, welche entsprechend dieser Vorschriften durchgeführt würden, keineswegs die Mittel zur Finanzierung eines terroristischen Anschlages einfrieren, sondern es nach seinem Wortlaut pauschal auf

---

<sup>225</sup> Vgl. Katalog in 18 U.S.C.983(i)(2)(D).

<sup>226</sup> Doyle, Charles. Section-by-Section Analysis S. 44.

<sup>227</sup> *Silesian American Corp. v. Clark* 332 U.S. 469 (1947).

<sup>228</sup> Doyle, Charles. Section-by-Section Analysis S. 45; *United States v. Ursery*, 518 U.S. 267, 278 (1996).

<sup>229</sup> Doyle, Charles. Section-by-Section Analysis S. 45.

Vermögensgegenstände abgesehen hätten, welche keine direkte Verbindung zu einem terroristischen Anschlag aufweisen.<sup>230</sup> Dies folge aus der unbestimmten, weiten sprachlichen Fassung des Sec. 806 P. Act.

*„This language is broad enough to authorize the government to seize any assets of any individuals involved in the Vieques Island protests or of any organization supporting the protests of which the person is a member, or from any individuals who were supporting the protesters in any way. Possible supporters of the protesters could include student organizations that sponsored participation in the demonstration, the Rainbow/Push Coalition, the Rev. Sharpton's National Action Network, and religious or community organizations that provided housing or food to the protesters. [...] The government can seize and/or freeze the assets on the mere assertion that there is probable cause to believe that the assets were involved in Domestic Terrorism.“*<sup>231</sup>

#### **e) Grenzschutz, Ausländerrecht und Alien Terrorists**

##### **(1) Allgemeines/Organisatorisches**

Im Bereich des Grenzschutzes sowie des Ausländerrechts finden sich in den Sec. 401 ff. P. Act einundzwanzig Paragraphen, die das bestehende Recht in vielerlei Hinsicht ändern. Unter anderem wird die Anzahl der Angestellten im Grenzschutz, Zolldienst und der amerikanischen Einwanderungsbehörde INS (Immigration and Naturalization Service) gemäß Sec. 401 P. Act verdreifacht. Durch Sec. 401 P. Act wird den Behörden ein um fünfzig Mio. US Dollar erweitertes Budget zuteil. Sec. 403 P. Act gewährt ihnen Autorität und Mittel auf Informationen der Strafverfolgungsbehörden in Bezug auf Visaanträge und andere Einreisegesuche zugreifen zu können. Sec. 1009 P. Act stellt Fluggesellschaften und dem FBI Mittel in Höhe von 250.000 US Dollar zur Verfügung, um frühzeitig und in gemeinsamer Zusammenarbeit die Abgleichung von Passagierlisten und Listen des FBI mit den Namen mutmaßlicher Terroristen ermöglichen zu können.

---

<sup>230</sup> ACLU Veröffentlichung: How the USA PATRIOT Act redefines "Domestic Terrorism". <http://www.aclu.org/national-security/how-usa-patriot-act-redefines-domestic-terrorism> (zuletzt besucht am 5. 2. 2013).

<sup>231</sup> ACLU Veröffentlichung: How the USA PATRIOT Act redefines "Domestic Terrorism". <http://www.aclu.org/national-security/how-usa-patriot-act-redefines-domestic-terrorism> (zuletzt besucht am 5. 2. 2013).

Durch Sec. 415 P. Act wird das für weitere Einreisegesuche zuständige Department of Homeland Security geschaffen. Es ist unter anderem für das Visum Waiver Programm für Aufenthalte ausgewählter Staatsangehöriger in den USA mit einer Dauer von weniger als neunzig Tage zuständig. Die Erlangung eines Studentenvisum wird in Sec. 416 P. Act mit einer erweiterten Möglichkeit zur Informationssammlung durch die Einreisebehörden verbunden, indem für das sog. „Foreign Student Monitoring Program“<sup>232</sup> 36,8 Mio. US Dollar bereitgestellt werden.<sup>233</sup>

## (2) Informationssammlung

Die Sec. 403, 405, 413, 415, 416, 1007, 1008 P. Act erweitern auf verschiedene Weise die Kompetenz der Ausländerbehörden zur anlasslosen Sammlung und Verwertung persönlicher Informationen über Ausländer, die einen Visaantrag an die Vereinigten Staaten stellen. Dabei werden biometrische Fingerabdrücke von den Antragsstellern eingelesen. Die gesammelten Daten bleiben nicht bei den Ausländerbehörden, sondern dienen nicht zuletzt dazu, in einer Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden abgeglichen zu werden. Es findet damit in eine umfassende Durchleuchtung der Betroffenen statt.<sup>234</sup>

## (3) Detention

---

<sup>232</sup> 8 USC 1372 “Program to collect information relating to nonimmigrant foreign students and other exchange program participants” Abs. 3 dieser Vorschrift besagt insoweit: The Attorney General, in consultation with the Secretary of State, shall establish an electronic means to monitor and verify—

(A) the issuance of documentation of acceptance of a foreign student by an approved institution of higher education or other approved educational institution, or of an exchange visitor program participant by a designated exchange visitor program;

(B) the transmittal of the documentation referred to in subparagraph (A) to the Department of State for use by the Bureau of Consular Affairs;

(C) the issuance of a visa to a foreign student or an exchange visitor program participant;

(D) the admission into the United States of the foreign student or exchange visitor program participant;

(E) the notification to an approved institution of higher education, other approved educational institution, or exchange visitor program sponsor that the foreign student or exchange visitor participant has been admitted into the United States;

(F) the registration and enrollment of that foreign student in such approved institution of higher education or other approved educational institution, or the participation of that exchange visitor in such designated exchange visitor program, as the case may be; and

(G) any other relevant act by the foreign student or exchange visitor program participant, including a changing of school or designated exchange visitor program and any termination of studies or participation in a designated exchange visitor program.

<sup>233</sup> *Doyle*, Charles. Section-by-Section Analysis S. 36.

<sup>234</sup> Eine Speicherung der Daten bei den Behörden regelt der P. Act nicht.

Die Einreise von Ausländern, die Ausländer- oder Immigrationsgesetze der USA verletzt haben, war auch gemäß der vorherigen Gesetzeslage vollumfänglich verboten.<sup>235</sup> Dennoch erweitert und verschärft der P. Act die damit zusammenhängenden Handhaben der zuständigen Behörden.

Am meisten Diskussionen hat dabei Sec. 412 P. Act ausgelöst. Nach Sec. 412 P. Act kann der Attorney General einen sog. „Alien Terrorist Suspect“ zunächst sieben Tage lang festhalten. Er muss dabei darlegen, dass vernünftige Gründe für die Annahme („reasonable grounds to believe“) bestehen, dass der Betroffene in terroristische Aktivitäten involviert und durch ihn die nationale Sicherheit der USA gefährdet ist. Innerhalb von sieben Tagen muss daraufhin entschieden werden, ob eine Zurückweisung in das Ursprungsland oder eine strafrechtliche Verfolgung stattfinden soll. Einer richterlichen Revision unterliegt die Entscheidung des Attorney General zur Verlängerung der Inhaftierung nicht. Sie wird lediglich von ihm selbst alle sechs Monate überprüft, wenn die Inhaftierung aufrechterhalten bleiben soll. Es muss dabei festgestellt werden, ob der Betroffene noch immer einer Gefahr für die nationale Sicherheit darstellt. Diese Umstände muss der Attorney General gegenüber dem Kongress darlegen und seine Erwägungen zugänglich machen.

In *Zadvydas v. Davis* hat der Supreme Court bereits im Jahre 2001 eine sog. „Indefinite Detention“ für verfassungswidrig befunden.<sup>236</sup> Es ging hier um zwei Antragssteller, welche zuvor wegen einer Verletzung des Immigrationsrechts verurteilt worden waren. Anschließend verweigerte das Ursprungsland die Einreise der Antragssteller, sodass sie in Gewahrsam in den USA verblieben. Dies führte faktisch zu einer sog. Indefinite Detention. Justice *Breyer* entwickelte dabei die Erwägungen des Supreme Court und legte dar:

*„A statute permitting indefinite detention of an alien would raise a serious constitutional problem. The Fifth Amendment’s Due Process Clause forbids the Government to “depriv[e]” any “person. of liberty without due process of law.” Freedom from imprisonment - from government custody, detention, or other forms of physical restraint - lies at the heart of the liberty that Clause protects. And this Court has said that government detention violates that Clause unless the detention is ordered in a criminal proceeding with adequate procedural protections, or, in certain special and “narrow” non-punitive*

---

<sup>235</sup> 8 U.S.C. 1182(a)(3)(B).

<sup>236</sup> *Zadvydas v. Davis* 533 U.S. 678, 121 (2001).

*“circumstances,” where a special justification, such as harm-threatening mental illness, outweighs the “individual’s constitutionally protected interest in avoiding physical restraint.”<sup>237</sup>*

Mit Blick auf diese Entscheidung erscheint Sec. 412 P. Act problematisch. Nach Sec. 412 P. Act kann nämlich ein Alien Terrorist Suspect durchaus unbestimmt lange ohne richterliche Überprüfung inhaftiert bleiben. Der Effekt des P. Act ist nämlich, dass in solchen Fällen eine unabsehbare Inhaftierung nicht nur stattfinden kann, wenn das Ausländer- oder Immigrationsrecht der USA nachweislich vom Betroffenen verletzt wurde - wie im Falle *Zadvydas v. Davis* - sondern auch wenn der Attorney General annimmt, dass der Betroffene folgende Voraussetzung erfüllt:

*„ [...] is engaged in any other activity that endangers the national security in the United States.”<sup>238</sup>*

Hinzu kommt, dass Sec. 411 P. Act die Definitionen im Hinblick auf terroristische Aktivitäten und Organisationen erheblich erweitert. Dies allein ist Gegenstand weitreichender Kritik verschiedener Bürgerrechtsorganisationen.<sup>239</sup>

Dem Attorney General wird damit auch in Bezug auf die Inhaftierungsmöglichkeit nach Sec. 412 P. Act ein ungeschmäleretes Ermessen mit Blick auf die Feststellung zugestanden, wer ein Terrorist ist. Eine gerichtliche Überprüfung ist nur unter engen Voraussetzungen eines Habeas Corpus Verfahrens möglich.<sup>240</sup>

### ***f) Das materielle Strafrecht***

Eher von sekundärer Bedeutung sind die weiteren strafrechtlichen Modifikationen durch den P. Act. Neben den bereits erwähnten neuen Straftatbeständen in Verbindung mit der Geldwäsche werden in verschiedenen Bereichen Anpassungen des materiellen Strafrechts vorgenommen. Diese führen - was die Anpassungen in diesem Bereich wenig einschneidend

---

<sup>237</sup> Ebenda.

<sup>238</sup> *McCarthy*, Michael T., USA PATRIOT ACT, in: Harvard Journal on Legislation (2002) 39 Harv. J. on Legis. 435, 449.

<sup>239</sup> Vgl. z.B. ACLU Veröffentlichung: How The USA-Patriot Act Allows For Detention And Deportation of People Engaging in Innocent Associational Activity. <http://www.aclu.org/congress/1102301h.html>. (zuletzt besucht am 6. 2. 2013).

<sup>240</sup> Ebenda.

erscheinen lässt - allerdings nicht zur Schaffung völlig neuer Straftatbestände, sondern sind vielmehr Ergänzungen bereits bestehender Regelungen. Sie dienen der Lückenfüllung.<sup>241</sup>

Sec. 801 P. Act konzentriert sich auf Angriffe gegen Massentransportmittel. In einem acht Abschnitte umfassenden Katalog werden verschiedenste feindlich gesinnte Angriffe auf die Substanz, die Funktionsweise sowie den ungestörten Ablauf des Massentransports unter Strafe gestellt. In verschiedenen Normen war dies zuvor bereits unter Strafe gestellt (18 U.S.C. 1992; 18 U.S.C. 33; 18 U.S.C. 2273; 18 U.S.C. 844 (i); 18 U.S.C. 175; 18 U.S.C. 2332a; 18 U.S.C. 924(c); 844 (h); 18 U.S.C. 371). Sofern das Transportmittel mit Passagieren besetzt ist, liegt die Höchststrafe bei lebenslänglicher Haft, sofern dies nicht der Fall ist, bei zwanzig Jahren. Besonders erwähnenswert ist die zur Täterschaft erhobene Teilnahme in 18 U.S.C. 1993(a)(8) sowie die Vortäuschung eines Angriffs auf den Massentransport in 18 U.S.C. 1993(a)(7). Beide Sachverhalte werden auf Rechtsfolgenebene mit dem täterschaftlichen und erfolgreichen Anschlag gleichgestellt.

Sec. 802 P. Act betrifft die viel diskutierte Anpassung der Definition des „Domestic Terrorism“. Er stellt ein Pendant zu der bisher bekannten Definition des „International Terrorism“ dar. Demnach fällt unter die Definition Domestic Terrorism in 18 U.S.C. 2331 folgendes:

*„[...] criminal Act dangerous to human life, committed primarily within the United States, that **appear to be intended** to intimidate or coerce a civilian population, or to influence a governmental policy by intimidation or coercion, or to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination or kidnaping, 18 U.S.C. 2331(5) (Hervorhebung durch den Bearbeiter).“<sup>242</sup>*

Zwar wird durch Sec. 802 kein neuer Straftatbestand geschaffen, sondern nur eine Definitionserweiterung vorgenommen, bei deren Bejahung die terroristische Aktivitäten vorbedingende Ermittlungskompetenzen freigegeben werden. Die ACLU sieht darin jedoch eine Definitionserweiterung mit erhöhtem Gefährdungspotential. So könne politischer Widerstand im Inneren nunmehr problemlos als Domestic Terrorism aufgefasst werden und folglich mit allen den Behörden zur Verfügung stehenden Mitteln bekämpft werden.<sup>243</sup>

---

<sup>241</sup> Doyle, Charles, Section-by-Section Analysis S. 54.

<sup>242</sup> Doyle, Charles, Section-by-Section Analysis S. 55.

<sup>243</sup> ACLU Veröffentlichung: How the USA PATRIOT Act redefines "Domestic Terrorism",

<http://www.aclu.org/national-security/how-usa-patriot-act-redefines-domestic-terrorism> (zuletzt besucht am 5. 2. 2013).

Weitere in materielles Strafrecht eingreifende Veränderungen finden sich in den Sec. 803, 805, 813 und 817. Es wird unter Strafe gestellt, Terroristen Unterschlupf zu gewähren, sich im Besitz von biologischen Waffen zu befinden (bzw. das zur Herstellung derselbigen notwendige Material zur Verfügung zu haben) und generell terroristische Aktivitäten auf irgendeine Weise organisiert zu unterstützen. All diese Veränderungen finden ihre Anlagen im schon zuvor bestehenden Recht der Vereinigten Staaten und stellen keine revolutionären substantiellen Veränderungen dar, auch wenn die durchweg massive<sup>244</sup> Erhöhung bestehender Strafmaße bemerkenswert ist.

### *g) Sonstige Regelungen*

#### (1) Belohnungen

Schon bevor der P. Act verabschiedet wurde, konnten der Attorney General sowie die Minister Belohnungen für Informationen aussetzen, die zur Ergreifung von Terroristen führten. Sec. 501 erweitert die Höchstgrenze der Belohnungen, welche ausgesetzt werden können. Mit Zustimmung des Präsidenten sind dem nunmehr kaum noch Grenzen gesetzt. Vielmehr ist es möglich aus dem nach Sec. 101 P. Act anzulegenden „terrorism fund“ Belohnungen zur Terrorismusprävention, -ermittlung oder -verfolgung „without limitation“ zu zahlen.

#### (2) Einsatz des Militärs im Innern

Nach dem „Posse Comitatus Act“ aus dem Jahre 1878<sup>245</sup> ist es dem amerikanischen Militär im Grundsatz verboten, wie die Polizei Recht und Ordnung durchzusetzen, es sei denn, die Verfassung oder der Kongress behält sich dies ausdrücklich vor. Der P. Act erweitert in Sec 104 den Ausnahmekatalog, nach dem auch die Streitkräfte zur Durchsetzung der Strafgesetze bzw. zur Herstellung von Recht und Ordnung tätig werden können. Sofern

---

<sup>244</sup> Beispiele: „*Providing material support to a terrorist or a terrorist organization*“: Erhöhung der maximalen Freiheitsstrafe von 10 auf 15 Jahre (sofern dadurch ein Mensch getötet wurde auf lebenslängliche Freiheitsstrafe) 18 U.S.C. 2339A, 2339B; „*Destruction of national defense materials*“: Erhöhung der maximalen Freiheitsstrafe von 10 auf 20 Jahre (sofern dadurch ein Mensch getötet wurde auf lebenslängliche Freiheitsstrafe) 18 U.S.C. 2155; „*Sabotage of a nuclear facility*“: Erhöhung der maximalen Freiheitsstrafe von 10 auf 20 Jahre (sofern dadurch ein Mensch getötet wurde auf lebenslängliche Freiheitsstrafe) 42 U.S.C. 2284; „*Carrying a weapon or explosive aboard an aircraft*“: Erhöhung der maximalen Freiheitsstrafe von 15 auf 20 Jahre (sofern dadurch ein Mensch getötet wurde auf lebenslängliche Freiheitsstrafe) 49 U.S.C. 46505.

<sup>245</sup> Vertiefend Doyle, Charles. The Posse Comitatus Act & Related Matters: The Use of the Military to Execute Civilian Law. CRS REP. NO. 95-964 (Congressional Research Service, The Library of Congress, 1. Juni 2000).

Massenvernichtungswaffen involviert sind, kann demnach das Militär entgegen der gewachsenen Grundsätze aktiv werden.

### (3) Educational Records

Sec. 507 und 508 P. Act gewährt dem Justizministerium beim Verdacht gewisser terroristischer Straftaten Zugang zu privaten Daten aus sog. „Educational Records“ - verschiedenste Daten insbesondere von Studenten - mittels einer sog. „Ex Parte Court Order“ gewährt. Eine Ex Parte Order wird definitionsgemäß von einem Richter in Abwesenheit der betroffenen Partei erlassen. Die Partei, zu deren Lasten eine solche ergeht, ist regelmäßig in Unkenntnis derselben.

### (4) Verjährung

Wie auch im deutschen Strafrecht, kann eine Straftat in Amerika nicht zeitlich unbegrenzt verfolgt werden. Eine Ausnahme besteht auch in den USA bei Mord, 18 U.S.C. 3281. Nach Sec. 809 P. Act kann nunmehr auch ein terroristisches Verbrechen ohne zeitliche Begrenzung verfolgt werden. Diese Regelung steht in einem Spannungsverhältnis zur Due Process Clause, welche die Verschleppung eines Strafprozesses zu Lasten des Angeklagten zu verhindern sucht. Der Grundsatz des „fair trial“ kann nach Rechtsprechung des Supreme Court nur durch die Vermeidung von zu langen Verfahren gewahrt werden.<sup>246</sup> Weiterhin bestehen hinsichtlich der Rückwirkung des Sec. 809 P. Act Bedenken, da diese Regelung anwendbar ist auf:

*“ [...] the prosecution of any offense committed before, on, or after the date of enactment of this section. ”<sup>247</sup>*

### (5) Extraterritoriale Anwendbarkeit des Strafrechts, Opfersatisfaktion

Weiterhin enthalten die strafprozessualen Änderungen im P. Act solche Regelungen, die die extraterritoriale Anwendbarkeit amerikanischen Strafrechts (Sec. 804 P. Act<sup>248</sup>) sowie die Opfersatisfaktion (Sec. 612-624 P. Act) betreffen.

---

<sup>246</sup> *United States v. Marion* 404 U.S. 307, 325 (1971); *United States v. Lovasco* 431 U.S. 783, 790 (1977).

<sup>247</sup> *Doyle*, Charles, Section-by-Section Analysis S. 70.

<sup>248</sup> Die Erweiterung der extraterritorialen Anwendbarkeit durch Sec. 804 P. Act betrifft dabei lediglich Straftaten, die von Angehörigen der US Streitkräfte im Ausland begangen werden. (18 U.S.C. 3261) Die Reichweite dieser Änderung beschreibt *Doyle* daher als sehr limitiert. (*Doyle*, Charles, Section-by-Section Analysis S. 47)

(6) Stärkung institutioneller Kapazitäten

Im Übrigen werden die institutionellen Kapazitäten der Organe gestärkt, welche für die Terrorismusbekämpfung als wesentlich angesehen werden, Sec. 205, 506, 817.

## 5. Die Military Commissions

### a) Einleitende Bemerkungen

Zu den Reaktionen der *Bush* Administration auf die Anschläge vom 11. September 2001 gehören nicht nur Parlamentsgesetze wie der PATRIOT Act, sondern auch Rechtsverordnungen des Präsidenten. Die umstrittenste und bedeutendste dieser Rechtsverordnungen ist die Military Order vom 13. November 2001.<sup>249</sup> Diese wurde im Anschluss an die Anweisung des Präsidenten zum Einsatz militärischer Mittel im Kampf gegen den internationalen Terrorismus durch den Kongress im direkten Anschluss an die Anschläge vom 11. September 2001 erlassen.

Hauptgegenstand der aus acht Paragraphen bestehenden Rechtsverordnung war die Unterwerfung bestimmter Zielpersonen unter die justizielle Gewalt sog. „Military Commissions“ („individuals subject to this order“, sog. „Enemy Combatants“). Diese stellten einen Ersatz für die ordentliche Gerichtsbarkeit dar. Auf Grundlage der M.O. und der Rechtsprechung der Military Commissions konnten diese Personen inhaftiert und unter weitest gehender Einschränkung von Justizgrundrechten und anderen fundamentalen Menschen- und Bürgerrechten rechtskräftig verurteilt werden. Eine Appellation vor einer Instanz der ordentlichen Gerichtsbarkeit der Vereinigten Staaten sah die M.O. nicht vor. Die M.O. beanspruchte Gültigkeit bis der Supreme Court sie in seiner Grundsatzentscheidung *Hamdan v. Rumsfeld* mangels parlamentarischer Rechtsgrundlage für verfassungswidrig erklärte.<sup>250</sup>

Kurz darauf verabschiedete der Kongress am 28. September 2006 den Military Commissions Act, welcher die unter der M.O. begonnenen Verfahren auch nach der Entziehung ihrer Grundlage in *Hamdan v. Rumsfeld*<sup>251</sup> auf eine neue parlamentarische Rechtsgrundlage stellte. Auch dieses Gesetz wurde bereits zum Teil für verfassungswidrig erklärt.<sup>252</sup>

Die Military Commissions waren noch umstrittener als die Regelungen des P. Act. Ihnen begegnete national wie international eine breite fundamentale Kritik. Präsident *Obama* kündigte bereits zu Beginn seiner Amtszeit an, das in diesem Zusammenhang besonders in

---

<sup>249</sup> Im Folgenden: M.O., <http://www.fas.org/irp/offdocs/co/mo-111301.htm> (zuletzt besucht am 5. 2. 2013).

<sup>250</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557.

<sup>251</sup> Ebenda.

<sup>252</sup> Vgl. *Boumediene v. Bush* 553 U.S. 723 (2008).

Verruf geratene Gefangenenlager in der Bucht von Guantanamo (Kuba) alsbald schließen zu wollen und die Verfahren vor den Military Commissions einer rechtsstaatlichen Grundsätzen genügenden justiziellen Gewalt zu unterstellen.<sup>253</sup> Dies ist bis heute nicht gelungen.

In dieser Abhandlung sollen die Military Commissions nicht in extenso behandelt werden, da das für den Vergleich der deutschen und amerikanischen Terrorismusgesetzgebung ins Auge gefasste Grundrecht auf den Schutz der (informationellen) Privatsphäre kaum einen Bezug zu den Military Commissions hat. Für die Beurteilung der grundsätzlichen Herangehensweise an den Kampf gegen den (internationalen) Terrorismus ist eine Behandlung der Military Commissions allerdings unverzichtbar. Sie geben dem von *Bush* erklärten War on Terror ein einzigartiges Gepräge.

## **b) Die Military Order vom 13. November 2001**

### **(1) Eckpunkte der Military Order**

Die Military Order vom 13. November 2001 umfasst acht Paragraphen und ist ausweislich der kurzen Präambel gestützt auf der Autorität des Präsidenten als „Commander in Chief of the Armed Forces of the United States“, auf die Verfassung selbst sowie auf einfache Parlamentsgesetze wie die „Authorization for Use of Military Force Joint Resolution“ (AUMF)<sup>254</sup>, 10 U.S.C. 821 („Jurisdiction of Court-martial not exclusive“) und 10 U.S.C. 836 („Military judge of a general or special court-martial“).<sup>255</sup>

In der Präambel beschreibt der Präsident, dass der Kampf gegen terroristische Gruppierungen wie Al-Qaida das Ausmaß einer militärischen Auseinandersetzung erreicht hat, welche den Einsatz der Streitkräfte rechtfertigt und erfordert. Er weist darauf hin, dass der nationale Notstand am 14. September 2001 ausgerufen wurde und betont die Gefahr neuer Anschläge.<sup>256</sup> Der Einsatz der militärischen Streitkräfte sei erforderlich, um Terroristen und

---

<sup>253</sup> *Glaberson*, William. Obama Orders Halt to Prosecutions at Guantánamo, in: New York Times vom 21.1.2009. [http://www.nytimes.com/2009/01/22/washington/22gitmo.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2009/01/22/washington/22gitmo.html?_r=0) (zuletzt besucht am 2.8.2013); neuerdings wiederholt *Fischer*, Sebastian. Obama-Rede: Vermächtnis eines Drohnenkriegers, auf: Spiegel-Online. <http://www.spiegel.de/politik/ausland/us-praesident-obama-schraenkt-drohnenkrieg-cin-will-guantanamo-schliessen-a-901601.html> (zuletzt besucht am 2.8.2013).

<sup>254</sup> Pub. L. No. 107-40. 115 Stat. 224.

<sup>255</sup> Military Order vom 13. November 2001. <http://www.fas.org/irp/offdocs/co/mo-111301.htm> (zuletzt besucht am 5. 2. 2013).

<sup>256</sup> 66 FR 48199, Pres. Proc. No. 7463 vom 14. September 2001, Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks.

deren Unterstützer zu identifizieren und unschädlich zu machen. Diejenigen Zielpersonen, welche unter Sec. 2 der M.O. fielen („individuals subject to this order“) seien zu inhaftieren und einem „Gerichtsverfahren“ vor einem Militärtribunal zuzuführen. Dafür sei im Anschluss an 10 U.S.C. 826 eine Einschränkung der strafprozessualen Rechte des Einzelnen geboten. Dies sei angesichts des Notstandes zwingend erforderlich. Die Überschrift der M.O. lautet:

*„Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism.“<sup>257</sup>*

Sec. 2 trifft die in der Rechtsverordnung wichtigste Feststellung. Es wird festgelegt, welcher Adressatenkreis von der Inhaftierung und der Unterstellung eines Militärtribunals betroffen ist. Es ist insoweit anzumerken, dass die letztendliche Entscheidung über die Einordnung in diesen Personenkreis im Einzelfall allein auf exekutiver Ebene getroffen wird. Die von dieser Rechtsverordnung erfassten Personen sind laut Sec. 2:

*„(a) The term "individual subject to this order" shall mean any individual who is not a United States citizen with respect to whom I determine from time to time in writing that:*

*(1) there is reason to believe that such individual, at the relevant times,*

*(i) is or was a member of the organization known as Al-Qaida;*

*(ii) has engaged in, aided or abetted, or conspired to commit, Act of international terrorism, or Act in preparation therefor, that have caused, threaten to cause, or have as their aim to cause, injury to or adverse effects on the United States, its citizens, national security, foreign policy, or economy; or*

*(iii) has knowingly harbored one or more individuals described in subparagraphs (i) or (ii) of subsection 2(a)(1) of this order; and*

*(2) it is in the interest of the United States that such individual be subject to this order.“<sup>258</sup>*

Jegliche Straftat in Verbindung mit dem (internationalen) Terrorismus befördert einen Nicht-Amerikaner in den Bereich der „individuals subject to this order“. Die Teilnahme wird mit der Täterschaft gleichgestellt. Sec. 2 (2) fasst die Reichweite der exekutiven Ermessensentscheidung zusammen.

---

<sup>257</sup> Military Order a.a.O.

<sup>258</sup> Ebenda.

Sec. 2 legt weiterhin fest, dass die Inhaftierung und gegebenenfalls das Gerichtsverfahren den in Sec. 3 und 4 aufgestellten Mindeststandard zu genügen haben.

*„(b) It is the policy of the United States that the Secretary of Defense shall take all necessary measures to ensure that any individual subject to this order is detained in accordance with section 3, and, if the individual is to be tried, that such individual is tried only in accordance with section 4.“<sup>259</sup>*

Dieser Bestimmung kann im Umkehrschluss entnommen werden, dass es nach der M.O. Inhaftierte geben kann, welche nicht einem Gerichtsverfahren vor den Militärtribunalen zugeführt werden, sondern nach Maßgabe der M.O. inhaftiert werden, ohne dass ein solches Verfahren stattfindet.

Hauptaufgabe der Sec. 3 und 4 ist es darüber hinaus, menschen- sowie justizgrundrechtliche Mindeststandards festzulegen: Es ist danach insbesondere eine angemessene Behausung, humane Behandlung, die zur Verfügung Stellung von Nahrung, Wasser, Kleidung und Medikamenten sowie die Möglichkeit der freien Religionsausübung für die Inhaftierten sicherzustellen.

Die Military Commissions sind nach Sec. 4 imstande, lebenslängliche Freiheitsstrafen mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Militärrichter sowie einstimmig die Todesstrafe zu verhängen. Weitergehende prozessuale Bestimmungen in Ergänzung zu den in der M.O. kann das Ministerium der Verteidigung erlassen. Von Gewicht ist in dieser Hinsicht die in Sec. 3 geregelte Zulassung von Beweismitteln.

*„ (2) a full and fair trial, with the military commission sitting as the triers of both fact and law; (3) admission of such evidence as would, in the opinion of the presiding officer of the military commission (or instead, if any other member of the commission so requests at the time the presiding officer renders that opinion, the opinion of the commission rendered at that time by a majority of the commission), have probative value to a reasonable person; (4) in a manner consistent with the protection of information classified or classifiable under Executive Order 12958 of April 17, 1995, as amended, or any successor Executive Order, protected by statute or rule from unauthorized disclosure, or otherwise protected by law, (A) the handling of,*

---

<sup>259</sup> Ebenda.

*admission into evidence of, and access to materials and information, and (B) the conduct, closure of, and access to proceedings;*<sup>260</sup>

Infolge dieser Bestimmung sind Beweise vom Hörensagen, welche vor der ordentlichen Strafgerichtsbarkeit unzulässig wären und die Zulassung von Beweismitteln, welche der Angeklagte niemals zu Gesicht bekommen hat - z.B. Aussagen anonymer Zeugen - zulässig.<sup>261</sup> Mittlerweile musste die amerikanische Regierung auch zugeben, dass zur Erlangung von Aussagen der Häftlinge Folter angewendet wurde.<sup>262</sup> Um die Vertraulichkeit strukturell wichtiger Informationen im Kampf gegen den internationalen Terrorismus zu schützen, ist eine durchgängig geheime Verhandlung der Military Commissions möglich. Wesentliche, ein rechtsstaatliches Verfahren kennzeichnende strafprozessuale Grundsätze wie der Unmittelbarkeitsgrundsatz, der Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“ sowie der Öffentlichkeitsgrundsatz finden keine Anwendung in Verfahren vor den Militärtribunalen nach der M.O. Das Recht, sich durch einen Verteidiger nach eigener Wahl vertreten zu lassen, wird in der M.O. nicht berücksichtigt (Sec. 4 (5)). Die Angeklagten sind insoweit vielmehr von sog. „Military Lawyers“, welche vom Verteidigungsministerium benannt werden, abhängig.

Die Military Commissions sind keine von der Exekutive unabhängigen Spruchkörper. Die Mitglieder des Tribunals werden von der Exekutive ernannt und nicht vom Parlament gewählt. Das letzte Wort haben der Verteidigungsminister und der Präsident. Less stellt überzeugend fest, dass der Mangel an institutioneller Unabhängigkeit zwangsläufig zu einer Unterminierung der Unschuldsvermutung führt.<sup>263</sup>

Sec. 7 der M.O. spricht den Militärtribunalen hinsichtlich der unter sie fallenden Personen eine exklusive Zuständigkeit zu.

*„(b) With respect to any individual subject to this order -- (1) military tribunals shall have exclusive jurisdiction with respect to offenses by the individual; and (2) the individual shall not be privileged to seek any remedy or maintain any proceeding, directly or indirectly, or to have any such remedy or proceeding sought on the*

---

<sup>260</sup> Ebenda.

<sup>261</sup> Less, Steven S. 694, 695.

<sup>262</sup> Less, Steven S. 695; Fincke, Carolin, Obamas Schandc. in: DIE ZEIT Nr. 3/12 S. 13.

<sup>263</sup> Less, Steven S. 697.

*individual's behalf, in (i) any court of the United States, or any State thereof, (ii) any court of any foreign nation, or (iii) any international tribunal.*<sup>264</sup>

Die Verfahren können keiner Kontrolle durch ein anderes unabhängiges ordentliches Gericht zugeführt werden. Rechtsmittel sind nicht gegeben. Im Übrigen sind bei fehlerhafter Verurteilung durch die Militärtribunale Ersatzansprüche ausgeschlossen.

## (2) Wesentliche Kritikpunkte

Ein Kritikpunkt an der M.O. ist die Verletzung der Equal Protection Clause des Vierzehnten Zusatzartikels der Verfassung der Vereinigten Staaten. Nach der M.O. können lediglich Nicht-Amerikaner von den einschneidenden Regelungen erfasst sein. Sie genießen damit im Vergleich zu Amerikanern wesentlich geringere Rechtsschutzstandards als Bürger der USA.<sup>265</sup> Der Supreme Court hat jedoch seit langem anerkannt, dass die Equal Protection Clause auch für Nicht-Amerikaner gilt. Unterschiedliche Behandlungen von Amerikanern und Nicht-Amerikanern sind lediglich in verhaltener Ausprägung im Bereich der Einwanderungspolitik gerichtlich anerkannt.<sup>266</sup>

Durch die M.O. werden Nicht-Amerikaner jedoch unabhängig davon in essentiellen Rechten beschnitten.<sup>267</sup> Dies kann eigentlich nur durch eine schlüssige Darlegung der Notwendigkeit der rechtlichen Benachteiligung von Nicht-Amerikanern gerechtfertigt werden.<sup>268</sup> Es muss demnach dargelegt werden, dass die Ausländereigenschaft der rechtlich beschnittenen Personengruppe konstituierend für die zu bekämpfende Gefährdungslage ist.<sup>269</sup> Die Terrorismusgefahr ausgehend speziell von der Ausländereigenschaft überzeugend darzulegen sei der Präsident laut *Katyal* und *Tribe* schuldig geblieben.<sup>270</sup>

Weiterhin wird in der M.O. ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung gesehen.<sup>271</sup> Die Erklärung des Kriegszustandes sei Aufgabe des Kongresses und nicht des Präsidenten. Folglich sei auch die Schaffung einer Rechtsordnung, welche allenfalls unter dem

---

<sup>264</sup> Military Order

<sup>265</sup> *Katyal*, Neal K.; *Tribe*, Laurence H., WAGING WAR, DECIDING GUILT: TRYING THE MILITARY TRIBUNALS, in: Yale Law Journal (2002) 111 Yale L.J. 1259, 1301.

<sup>266</sup> *Hampton v. Mow Sun Wong* 426 U.S. 88, 104-105, 115 (1976).

<sup>267</sup> *Katyal*, Neal K.; *Tribe*, Laurence H. S. 1302.

<sup>268</sup> *Katyal*, Neal K.; *Tribe*, Laurence H. S. 1302.

<sup>269</sup> *Katyal*, Neal K.; *Tribe*, Laurence H. S. 1302.

<sup>270</sup> *Katyal*, Neal K.; *Tribe*, Laurence H. S. 1302.

<sup>271</sup> *Katyal*, Neal K.; *Tribe*, Laurence H. S. 1277.

Gesichtspunkt des Militärrechts einer verfassungsrechtlichen Überprüfung standhalten könnte, allein durch eine Executive Order unzulässig. Die Exekutive handle hier als gesetzgebende, als gesetzessvollziehende sowie als rechtsprechende Gewalt zugleich.

Diesen Bedenken hinsichtlich der Rechtfertigung solcher Military Commissions wird von den Befürwortern der M.O. nicht selten der vom Supreme Court entschiedene Fall *Ex parte Quirin* aus dem Jahre 1942 entgegengehalten.<sup>272</sup> Hier ging es um die Überstellung von acht Mitgliedern des nationalsozialistischen Militärs an ein Militärtribunal wegen Sabotage gegen die Vereinigten Staaten. Diese Militärtribunale werden als vergleichbar mit den hier in Rede stehenden angesehen.<sup>273</sup> Die Schaffung dieser Militärtribunale basierten auch auf einer Rechtsverordnung des Präsidenten und wurde mit der Verwerfung von Habeas Corpus Petitionen der Betroffenen Militärs durch den Supreme Court als verfassungsgemäß erachtet.<sup>274</sup>

Nach *Bickers* stellen Militärtribunale nicht nur ein probates, sondern das einzig richtige Mittel zur Verfolgung von Terroristen dar. Diese unterfielen der gleichen Kategorie wie feindliche Militärs in Zeiten des Zweiten Weltkrieges und seien entsprechenden Tribunalen zuzuführen. Dies sei vor allem dadurch augenfällig, dass sich Amerika in einem „Krieg gegen den Terror“ befinde.<sup>275</sup> Wie bereits ausgeführt fußt die M.O. nicht zuletzt auf der AUMF.<sup>276</sup> Dazu führt *Bickers* aus:

*„reading the Joint Resolution's authorization for military force as the equivalent of a declaration of war for responding to a non-state enemy, a law of war commission convened in the war against terror would have the same legislative authorization as that which existed during World War II, an authorization repeatedly recognized as sufficient by the Supreme Court.“*<sup>277</sup>

*Bickers* stellt fest, dass der Krieg gegen den Terror durch den Kongress erklärt worden sei und damit eine hinreichende parlamentarische Ermächtigung für die M.O. bestehe. Im Übrigen hätte der Kongress gegen die Schaffung von Militärtribunalen entsprechende Gegenmaßnahmen einleiten können, wenn er der Auffassung gewesen wäre, eine

---

<sup>272</sup> *Ex Parte Quirin* 317 U.S. 1 (1942).

<sup>273</sup> *Bickers*, John M., MILITARY COMMISSIONS ARE CONSTITUTIONALLY SOUND: A RESPONSE TO PROFESSORS KATYAL AND TRIBE. in: Texas Tech Law Review (2003) 34 Tex. Tech L. Rev. 899, 912.

<sup>274</sup> *Ex Parte Quirin* 317 U.S. 1.

<sup>275</sup> *Bickers*, John M. S. 921.

<sup>276</sup> Pub. L. No. 107-40, 115 Stat. 224.

<sup>277</sup> *Bickers*, John M. S. 921.

Ermächtigung existiere nicht. Die Absicht des Präsidenten Military Commissions einzurichten, sei dem Kongress bekannt gewesen.

*„This silence by Congress rebuts the conclusion that the President is exceeding the scope of his mandate.“*<sup>278</sup>

*Bickers* führt weiter aus, welche Vorteile Verfahren vor Militärtribunalen gegenüber den ordentlichen Gerichtsverfahren für sich in Anspruch nehmen könnten. Sie bestünden vor allem in der Abwesenheit verfassungsrechtlich verbriefter Justizgrundrechte. Insbesondere die Monierung von Beweiszulassungen, welche in zivilen Verfahren niemals verwertet werden dürften, kann *Bickers* nicht nachvollziehen. Es sei gerade der elementare Vorteil von Verfahren unter Kriegsrecht, dass die Wahrheitsfindung und nicht prozessuale Hemmnisse im Mittelpunkt stünden.<sup>279</sup> Kriegsverbrecher dürften nicht in den Genuss bestimmter prozessualer Rechte gelangen. Zwar spricht sich *Bickers* gegen Folter aus, da erwiesenermaßen unter derartigem Zwang erlangte Aussagen keine Wahrheitsgarantie in Anspruch nehmen könnten.<sup>280</sup> Anders sehe es beim heimlichen Mithören von Telefongesprächen und damit verwandtem Vorgehen aus. Hier könne durchaus die Wahrheitsfindung gefördert werden, weshalb die Privatsphäre der Beschuldigten zurückzutreten habe.<sup>281</sup> Den Einwänden von *Katyal* und *Tribe* gegen die Verwendung des Zeugenbeweises vom Hörensagen kann *Bickers* ebenfalls nicht folgen.<sup>282</sup> Er hält die unbeschränkte Verwertung von Zeugenaussagen vom Hörensagen für zulässig.<sup>283</sup> In einem konsequenten Lob eines Strafprozesses mit weniger prozessualen Beschränkungen, zitiert *Bickers* in diesem Zusammenhang zustimmend einen anderen Verfechter der Militärtribunale<sup>284</sup>:

*„[A] civilian jurisdiction could borrow much from the military model.“*<sup>285</sup>

Im Jahr 2006 erklärte der Supreme Court die M.O. in der Entscheidung *Hamdan vs. Rumsfeld* für verfassungswidrig. Nicht nur die inakzeptable Verletzung verfassungsrechtlich verbriefter Rechte durch die M.O., sondern die Ermächtigung des Präsidenten, eine solche M.O. ohne

---

<sup>278</sup> *Bickers*, John M. S. 921, 922.

<sup>279</sup> *Bickers*, John M. S. 925.

<sup>280</sup> *Bickers*, John M. S. 926.

<sup>281</sup> *Bickers*, John M. S. 926, 927.

<sup>282</sup> *Bickers*, John M. S. 930.

<sup>283</sup> Ebenda.

<sup>284</sup> Ebenda.

<sup>285</sup> *Dripps*, Donald A., INEFFECTIVE ASSISTANCE OF COUNSEL: THE CASE FOR AN EX ANTE PARITY STANDARD, in: *Journal of Criminal Law and Criminology* (1997) 88 J. Crim. L. & Criminology 242.

ausdrückliche Zustimmung und Revision des Kongresses zu erlassen, stehen dabei im Mittelpunkt. Hierbei wird auch das Gegenstück zu *Ex parte Quirin* herangezogen. Im Jahre 1866 hatte der Supreme Court mit der Entscheidung *Ex parte Milligan*<sup>286</sup> ebenfalls über die Verfassungswidrigkeit von Militärtribunalen entschieden und dabei nicht zuletzt festgestellt, dass Militärtribunale immer dann verfassungswidrig sind, wenn eine Regierung mit einem an sich funktionierenden Gerichtssystem an der Macht ist und kein offizieller Kriegszustand besteht.

Nach Argumentation der Gegner der M.O. befinden sich die USA nicht in einem klassischen Krieg, welcher die Schaffung von Kriegsgerichten wie die Militärtribunale in der M.O. rechtfertigen könnte.<sup>287</sup> Eben deshalb könne auch die Entscheidung *Ex parte Quirin*, zu Zeiten als sich die USA im Krieg mit dem nationalsozialistischen Deutschland befunden hat, nicht für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der M.O. herhalten.

*Bickers* Gegenargument bleibt, dass Kriegserklärungen nur gegenüber anderen souveränen Staaten möglich seien und der Kongress im Kampf gegen den Terror alles Erdenkliche getan habe, was einer Kriegserklärung im klassischen Sinne letztlich gleichzustellen sei.<sup>288</sup>

Nicht zuletzt wegen dieser erheblichen Bedenken hinsichtlich einer wirksamen verfassungsrechtlichen Grundlage der M.O. verabschiedete der Kongress im Jahre 2005 den „Detainee Treatment Act“ (DTA).<sup>289</sup> Dieser sollte die Inhaftierung der Enemy Combatants auf eine sicherere gesetzliche Grundlage stellen und die Haftprüfung eindeutig außerhalb der Jurisdiktion der ordentlichen Gerichtsbarkeit stellen.

### c) *Hamdan v. Rumsfeld* (2006)

#### (1) Einleitende Bemerkungen

Wie bereits angedeutet, hatte die M.O. in der 2001 erlassenen Form keinen Bestand. In der Entscheidung *Hamdan v. Rumsfeld*<sup>290</sup> wurde sie in einer 5 zu 3 Entscheidung wegen einer Überschreitung der exekutiven Kompetenz des Präsidenten für verfassungswidrig erklärt. Der

---

<sup>286</sup> *Ex parte Milligan* 71 U.S. 2 (1866).

<sup>287</sup> *Less*, Steven S. 702.

<sup>288</sup> *Bickers*, John M. S. 910, 917, 925.

<sup>289</sup> Pub. L. No. 109-48.

<sup>290</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557.

Supreme Court bestätigte die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit entgegen der Bestrebungen des Kongresses mittels des bereits erwähnten DTA<sup>291</sup> und befasste sich ausführlich mit der Habeas Corpus Petition des Antragsstellers. Der Supreme Court befand den Präsidenten zwar im Grundsatz ermächtigt, gewisse Personen als Enemy Combatants einzustufen. Der in Gestalt der M.O. umgesetzte rechtliche Rahmen der Inhaftierung und Verurteilung mutmaßlicher Terroristen verstoße jedoch gegen den Uniform Code of Military Justice (UCMJ)<sup>292</sup> sowie gegen Art. 3 des Genfer Abkommens über die Behandlung der Kriegsgefangenen.

## (2) Sachverhalt

*Hamdan*, im Jahre 1970 geboren und jemenitischer Staatsangehöriger, wurde von US-Truppen bei der militärischen Intervention der Vereinigten Staaten in Afghanistan aufgegriffen und auf dem US-Marinestützpunkt Guantanamo auf Kuba inhaftiert. Er war für *Osama bin Laden* als Leibwächter und Chauffeur tätig und wurde der Verschwörung zum Terrorismus (conspiracy to commit terrorism) beschuldigt.

US District Court Richter *Robertson* - späterer Chief Justice des Supreme Court - gab der ursprünglichen Habeas Corpus Petition des Antragsstellers statt und sah für die Schaffung der Militärtribunale in der M.O. keine hinreichende parlamentarische Grundlage. Er hielt die Genfer Konventionen mit dem darin enthaltenen Schutz Kriegsgefangener im Grundsatz für anwendbar.<sup>293</sup> Daher käme der Antragssteller in den Genuss der Gewährleistungen von Art. 5 des Genfer Abkommens über die Behandlung der Kriegsgefangenen.

Der D.C. Circuit Court of Appeal hob dieses Urteil im Jahre 2005 wieder auf.<sup>294</sup> Es hielt die Genfer Konventionen für unanwendbar und interpretierte im Übrigen die Gewährleistungen des UCMJ dahingehend, dass Militärtribunale wie die nach der M.O. nur mit den speziell auf solche Gremien abzielenden Bestimmungen in des UCMJ in Einklang stehen müssten und nicht mit den übrigen verbrieften Garantien des Kriegsrechts. Der Supreme Court wiederum hob die Entscheidung des Appellationsgerichts 2006 auf.

---

<sup>291</sup> Vgl. oben unter II.B.5.b)(2) (letzter Absatz).

<sup>292</sup> 64 Stat. 109, 10 U.S.C. 47.

<sup>293</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (I. Instanz) 344 F. Supp. 2 d 152 S. 161.

<sup>294</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (Berufungsinstanz) 415 F. 3d 33 (2005).

### (3) Begründung

Die Entscheidung *Hamdan v. Rumsfeld* besteht aus fünf zentralen Feststellungen, welche in den tragenden Entscheidungsgründen (Holdings) zusammengefasst sind. Der Supreme Court sieht sich erstens nicht durch den DTA an einer Entscheidung über den Fall gehindert, hält mithin seine Zuständigkeit für gegeben. Daran ändere - zweitens - auch die Tatsache nichts, dass das Verfahren des Antragsstellers vor dem in Rede stehenden Militärtribunal noch nicht abgeschlossen ist. Drittens stellt der Supreme Court fest, dass die M.O. und die darauf beruhende Praxis der Militärtribunale durch keinen Akt des Kongresses eine hinreichende parlamentarische Grundlage finde. Viertens verletzen die in der M.O. vorgesehenen prozessualen Regeln von der Anklage, über die Beweiserhebung und -verwertung bis zu Verurteilung die im UCMJ festgelegten Grundsätze. Fünftens verletze die M.O. bzw. die in ihr vorgesehene Behandlung der Inhaftierten die Genfer Konventionen, auf die sich der Antragssteller auch berufen könne.<sup>295</sup>

Was die Zuständigkeit des Supreme Court anbelangt, führt dieser insbesondere aus, dass der Kongress nicht in der Lage sei, nachträglich die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit über anhängige Verfahren auszuschließen.<sup>296</sup> Die Justiziabilität des Antrags trotz des noch nicht abgeschlossenen Verfahrens vor dem Militärtribunal bejaht der Supreme Court mit dem Hinweis auf den Unterschied eines Militärprozesses gegen ein Mitglied der eigenen Streitkräfte gegenüber eines Prozesses vor Militärtribunale wie sie die M.O. geschaffen habe.<sup>297</sup> Auch der Einwand, die Genfer Konventionen stellen kein für den Antragssteller durchsetzbares Recht dar verwirft der Supreme Court mit dem Hinweis darauf, dass der Kongress das Kriegsrecht in Art. 21 UCMJ inkorporiert habe und die Rechte aus dem UCMJ unstreitig durchsetzbares und von nationalen Gerichten überprüfbares Recht darstellen.<sup>298</sup>

Wegweisend sind vor allem die Ausführungen des Supreme Court hinsichtlich der Autorität des Präsidenten, mittels einer Rechtsverordnung wie der M.O. Militärtribunale als Ersatz für

---

<sup>295</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557 vor Rn. 1.

<sup>296</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557 S. 591.

<sup>297</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557 S. 587.

<sup>298</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557 S. 717 - Die abweichende Stellungnahme der Richter *Scalia, Thomas* und *Alito* halten im Gegensatz dazu die Bestimmungen des DTA für geeignet die Zuständigkeit des Supreme Court maßgeblich zu beschränken, sodass es dem Gericht verwehrt sei über diesen Fall zu entscheiden (*Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557 S. 717).

die ordentliche Gerichtsbarkeit einzurichten. Das Gericht stellt fest, dass die Kompetenz, eine solche Institution wirksam zu schaffen, Rückhalt in der Verfassung haben und bis in die letzte Ausprägung auf aus der Verfassung entspringende Ermächtigungen zurückzuführen sein müsse. Es handle sich hier um eine Kompetenz, welche die Verfassung dem Kongress und dem Präsidenten gemeinsam zuspreche und nicht dem Präsidenten allein. Dies sei in der bereits erwähnten Entscheidung *Ex Parte Milligan*<sup>299</sup> durch Richter *Chase* beispielhaft erörtert worden.

*„And that authority, if it exists, can derive only from the powers granted jointly to the President and Congress in time of war. [...] The Constitution makes the President the “Commander in Chief” of the Armed Forces [...] but vests in Congress the powers to “declare War ... and make Rules concerning Captures on Land and Water,” [...] “raise and support Armies,” [...] “define and punish ... Offences against the Law of Nations,” [...] “To make Rules for the Government and Regulation of the land and naval Forces.” [...] The interplay between these powers was described by Chief Justice Chase in the seminal case of Ex parte Milligan [...].“<sup>300</sup>*

Der Supreme Court sieht insbesondere in der AUMF oder in dem DTA keine Ermächtigung des Kongresses, welche die M.O. stützen könnte. Zwar löse die AUMF die Kompetenzerweiterungen aus, welche dem Präsidenten im äußersten Falle gewährt werden könnten. Dies führe jedoch nicht zu einer Erweiterung der Kompetenzen, die durch den UCMJ für Militärtribunale gesetzt seien. Weiterhin könne schon dem Wortlaut nach der DTA keine Ermächtigungsgrundlage für die M.O. darstellen. Vielmehr spiegle der DTA lediglich die abstrakte Existenz der präsidentiellen Kompetenz wider, innerhalb des geltenden Rechts generell Militärtribunale mit Erlaubnis des Kongresses zu schaffen.<sup>301</sup>

Auch die konkrete Ausgestaltung der M.O. hinsichtlich der Beschränkung fundamentaler verfahrensrechtlicher Gewährleistungen gegenüber denen eines üblichen Strafverfahrens genüge nicht den Anforderungen geltenden Rechts. Art. 36 UCMJ erfordere, dass die für Militärtribunale gesondert eingesetzten verfahrensrechtlichen Vereinfachungen wesentlichen rechtsstaatlichen Grundsätzen genügen, auch wenn solche Vereinfachungen grundsätzlich

---

<sup>299</sup> Vgl. oben II.B.5.b).

<sup>300</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557 S. 591 (die durch „[...]“ gekennzeichneten Auslassungen sind ausführliche Verweisungen auf Präzedenzrechtsprechung und Gesetze).

<sup>301</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557 S. 595/596.

zulässig seien, sofern der Präsident sie aus Praktikabilitätsgründen für sinnvoll erachte. Bei den Verfahren vor den Militärtribunalen nach der M.O. würden allerdings nicht nur hergebrachte strafverfahrensrechtliche Garantien ausgeschaltet. Auch die im Kriegsrecht vorgesehen verfahrensrechtlichen Grundsätze fänden nach Auffassung des Supreme Court in der M.O. keine hinreichende Bedeutung. Insbesondere die Vorschriften der M.O. betreffend den Ausschluss des Verteidigers von wesentlichen Teilen des Verfahrens, wie z.B. bei einer heimlichen Beweisaufnahme, weicht nach Ansicht des Gerichts wesentlich von den in Art. 36 UCMJ festgeschriebenen Verfahrensgrundsätzen ab und sei damit auch bei Verfahren vor Militärtribunalen nicht zu rechtfertigen.<sup>302</sup>

*„The absence of any showing of impracticability is particularly disturbing when considered in light of the clear and admitted failure to apply one of the most fundamental protections afforded not just by the Manual for Court-Martial but also by the UCMJ itself: the right to be present.“*<sup>303</sup>

Mit Blick auf den UCMJ - insbesondere in Anbetracht des Art. 21 UCMJ - verwirft der Supreme Court die Ausführungen des Appellationsgerichts zur fehlenden unmittelbaren Geltung der Genfer Konventionen. Die Möglichkeiten, welche Art. 21 UCMJ der Exekutive gewähre, seien eng mit geltendem Kriegsrecht in völkerrechtlichen Verträgen verwoben und stünden quasi unter der Bedingung ihrer Einhaltung.<sup>304</sup>

Auch der Einwand, ein Mitglied der Terrororganisation Al-Qaida genieße die Gewährleistungen des Kriegsrechts nicht, lässt der Supreme Court an der Feststellung scheitern, dass auch für Terroristen ein unetzibar Kern von Justiz- und Menschenrechten bestehe. Insbesondere bezieht sich das Gericht hierbei auf Art. 3 der Genfer Konventionen, welcher lautet:

*„Zu diesem Zwecke sind und bleiben in Bezug auf die oben erwähnten Personen jederzeit und jedenorts verboten: [..]*

*d. Verurteilungen und Hinrichtungen ohne vorhergehendes Urteil eines ordnungsmäßig bestellten Gerichtes, das die von den zivilisierten Völkern als unerlässlich anerkannten Rechtsgarantien bietet.“*

Der Supreme Court gestehe der Regierung insoweit ein großes Maß an Entscheidungsspielraum bei der Ausgestaltung des Verfahrens vor Militärtribunalen zu.

<sup>302</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557 S. 624.

<sup>303</sup> Ebenda.

<sup>304</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557 S. 716.

Dennoch kommt er zu der Einschätzung, dass die M.O. - nicht nur was ihre verfassungsrechtliche Ermächtigung anbelangt, sondern auch ihre konkrete Ausgestaltung - an den so aufzustellenden Kriterien orientiert, eben diesen unentziehbaren Kern von Justiz- und Menschenrechten nicht berücksichtigt.<sup>305</sup>

*„Common Article 3 obviously tolerates a great degree of flexibility in trying individuals captured during armed conflict; its requirements are general ones, crafted to accommodate a wide variety of legal systems. But requirements they are nonetheless. The commission that the President has convened to try Hamdan does not meet those requirements.“*<sup>306</sup>

Hinzu kommt nach Auffassung der Richter *Stevens, Ginsburg, Breyer* und *Souter*, dass der dem Antragssteller vorgeworfene Straftatbestand der Verschwörung zum Terrorismus keineswegs den Anforderungen des Art. 21 UCMJ an eine das Kriegsrecht auslösende Verfolgung genügt („offence [...] that by the law of war may be tried by military commissions“).<sup>307</sup>

#### (4) Zusammenfassung

Der Supreme Court erklärt die M.O in *Hamdan v. Rumsfeld* mangels Kompetenz der Regierung für ihren Erlass sowie wegen verschiedener Aspekte ihrer inhaltlichen Ausgestaltung für verfassungswidrig. Weiterhin verstößt die M.O. nach Auffassung des Supreme Court hinsichtlich bestimmter Punkte gegen die Genfer Konventionen.

Das Gericht lässt - wie Richter *Ginsburg* in seiner teilweise abweichenden Stellungnahme betont - ausdrücklich den Weg offen, den Militärtribunalen durch ein Parlamentsgesetz eine konsistente Grundlage zu verschaffen.<sup>308</sup>

Der Supreme Court hat in *Hamdan v. Rumsfeld* nicht zu der Frage Stellung bezogen, inwieweit der Kongress in der Lage ist, vor einem Bundesgericht durchsetzbare Regelungen für Inhaftierte zu schaffen, welche sich außerhalb des Territoriums der USA befinden.<sup>309</sup>

---

<sup>305</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557 S. 632.

<sup>306</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557 S. 635.

<sup>307</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557 S. 629.

<sup>308</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557 S. 629; siehe hierzu auch *Filsea*, Jennifer K., *Hamdan v. Rumsfeld: Military Commissions in the "Global War on Terrorism"*, CRS REP. NO. RS22466 (Congressional Research Service, The Library of Congress, 6. Juli 2006) S. 6.

#### d) *Der Military Commissions Act 2006*

Nachdem die M.O. in *Hamdan v. Rumsfeld* für verfassungswidrig erklärt wurde, erließ der Kongress im Jahre 2006 den Military Commissions Act (MCA).<sup>310</sup> Die so zumindest formell auf eine neue Grundlage gestellte Praxis der US Regierung im Umgang mit den Enemy Combatants wurde dadurch nicht weniger umstritten. Vielmehr erfuhr auch der MCA tiefgreifende Kritik.

Dies liegt vor allem daran, dass der Kongress im MCA die Militärtribunale nicht etwa den Prinzipien fundamentaler Menschen- und Justizgrundrechte annähert. Vielmehr macht es sich der Kongress zur Aufgabe, alle in *Hamdan v. Rumsfeld* angegriffenen Punkte an der M.O. nunmehr durch eine parlamentarische Erlaubnis zu legitimieren. Die Änderungen, die die M.O. durch den MCA erfährt sind marginal. Es kann insoweit auf die vertiefende Literatur verwiesen werden.<sup>311</sup> Letztlich wird durch den MCA die bereits erörterte M.O.<sup>312</sup> ihrem wesentlichen Gehalt nach aufrecht erhalten und durch den Kongress im Detail geregelt. Die Zuständigkeit der Militärtribunale hinsichtlich der noch immer durch die Exekutive zu bestimmenden Enemy Combatants, die ausdrückliche Ermächtigung des Präsidenten, solche Tribunale zu schaffen, die prozessrechtlichen Einschränkungen der Verteidigung und nicht zuletzt der Beweiserhebung, detaillierte Vorgaben für drakonische Strafen bis hin zur Todesstrafe sowie die äußerst eingeschränkte Möglichkeit der Revision der Entscheidungen der Exekutive, werden im MCA bis an die äußerste Grenze von *Hamdan v. Rumsfeld* ausformuliert.

Die in *Hamdan v. Rumsfeld* monierten Verstöße gegen den UCMJ und damit gegen die normierten Mindeststandards von Kriegsgerichtsprozessen in Art. 21 und 36 UCMJ werden durch die Erklärung der Unanwendbarkeit des UCMJ auf die Militärtribunale im MCA gelöst.<sup>313</sup>

---

<sup>309</sup> *Elsea*, Jennifer K., *Hamdan v. Rumsfeld: Military Commissions in the "Global War on Terrorism"*, CRS REP. NO. RS22466 (Congressional Research Service, The Library of Congress, 6. Juli 2006) S. 6.

<sup>310</sup> Pub. L. No. 109-366.

<sup>311</sup> *Elsea*, Jennifer K., *The Military Commissions Act of 2006: Background and Proposed Amendments*, CRS REP. NO. R40752 (Congressional Research Service, The Library of Congress, 11. August 2009) m.w.N.

<sup>312</sup> II, B.5, b).

<sup>313</sup> Pub. L. No. 109-366 Sec. 4 (10 U.S.C. 948 b (d)).

Die vom Supreme Court eingeforderte Einhaltung der Grenzen nach Art. 3 der Genfer Konventionen<sup>314</sup> wird im MCA ebenso dadurch geklärt, dass nach Sec. 4 des MCA ein sog. „unlawful Enemy Combatant“ keine individuellen Rechte aus dieser Rechtsmaterie für sich herleiten kann.

„(g) *GENEVA CONVENTIONS NOT ESTABLISHING SOURCE OF RIGHTS.*--No alien unlawful enemy combatant subject to trial by military commission under this chapter may invoke the Geneva Conventions as a source of rights.“<sup>315</sup>

Diese Beispiele zur „Lösung“ des Konfliktes zwischen der Praxis der Militärtribunale unter der M.O. und *Hamdan v. Rumsfeld* können als repräsentativ für den Umgang des Gesetzgebers mit dieser Entscheidung angesehen werden.

Dabei hat der MCA vielmehr neue verfassungsrechtliche Probleme geschaffen. Nach dem MCA sind nämlich nach überwiegender Ansicht der Literatur nicht nur Ausländer den Regeln über Militärtribunale unterworfen, sondern auch Amerikaner, auch wenn diesen nach der ursprünglichen Fassung des MCA im Gegensatz zu Ausländern die Möglichkeit einer Habeas Corpus Petition gegen die Internierung gegeben ist.<sup>316</sup> Nach der Entscheidung des Supreme Court in Sachen *Boumediene v. Bush* im Jahre 2008 wurde diese Einschränkung der Habeas Corpus Petition für Ausländer allerdings ohnehin für unzulässig erklärt, sodass eine vertiefende Betrachtung dieses Aspektes nicht geboten ist.<sup>317</sup> § 7 MCA, der es den Inhaftierten versagte, eine Habeas Corpus Petition vor einem Bundesgericht der Vereinigten Staaten anzustrengen, wurden für verfassungswidrig erklärt und beansprucht heute keine Geltung mehr.<sup>318</sup>

Im Jahre 2009 wurde der MCA in einigen prozessualen Fragen vor allem mit Blick auf die Verteidigung der Inhaftierten entschärft. Eine grundsätzliche Revision des MCA hat bisher nicht stattgefunden.

---

<sup>314</sup> Vgl. oben II.B.5.c).

<sup>315</sup> Pub. L. No. 109-366 Sec. 4 (10 U.S.C. 948 b (d)).

<sup>316</sup> Pub. L. No. 109-366 Sec. 7 (28 U.S.C. 2241(e)(1)); Levy, Robert A., Does the Military Commission Act Apply to U.S. Citizens?, <http://www.cato.org/blog/does-military-commission-act-apply-us-citizens> (zuletzt besucht am 4.2.2013).

<sup>317</sup> *Boumediene v. Bush* 553 U.S. 723 (2008).

<sup>318</sup> *Boumediene v. Bush* 553 U.S. 731ff.

### e) *Abschließende Bemerkungen / Kritik*

Durch den MCA ist nur eine formelle Anpassung an die in *Hamdan v. Rumsfeld* aufgestellten Maßgaben geschehen. Es wurden durch die M.O. und auch durch den anschließend verabschiedeten MCA die verfassungsrechtlichen Grenzen zur Schaffung von Militärtribunalen ausgelotet und entlang dieser Grenze eine Rechtsmaterie geschaffen, welche bis heute im Wesentlichen Geltung beansprucht. Daher bleibt der für die M.O. festgestellte Befund auch nach Kodifikation im MCA erhalten.

Durch die Schaffung der Military Commissions gemäß der M.O. vom 13. November 2001 im direkten Sog der Ereignisse vom 11. September 2001, hat die amerikanische Regierung für bestimmte Personen - „persons subject to this order“<sup>319</sup> - ein Rechtssystem neben dem bestehenden etabliert, welches nach dem Vorbild des Kriegsrechts geschaffen ist und sogar hinter dessen Vorgaben hinsichtlich grundsätzlicher Menschen- und Justizgrundrechte zurückbleibt. Dies wurde in *Hamdan v. Rumsfeld* festgestellt.<sup>320</sup>

Es begegnete keine andere Maßnahme im Zusammenhang mit der Anti-Terrorismusgesetzgebung Amerikas so tiefgreifender Kritik, wie die Einrichtung dieser Militärtribunale.<sup>321</sup> Die Verletzung der amerikanischen Verfassung wurde nicht nur wegen des ursprünglichen Verstoßes gegen den Parlamentsvorbehalt, sondern auch wegen der Aushebelung maßgebender verfassungsrechtlicher Garantien als gravierend angesehen.

Es bleibt jedoch festzuhalten, dass auch nach der erklärten Abstandnahme *Obamas* von Guantanamo<sup>322</sup> und den Military Commissions über Jahre hinweg - bis heute - sich Personen aufgrund ihres von der Exekutive bescheinigten Status als Enemy Combatant in Haft befinden

---

<sup>319</sup> Vgl. oben unter II.B.5.b).

<sup>320</sup> Vgl. oben *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557 S. 624.

<sup>321</sup> Vgl. nur *Tribe*, Laurence H., Statement Before the Senate Judiciary Committee vom 4. Dezember 2001, [http://avalon.law.yale.edu/sept11/tribe\\_001.asp](http://avalon.law.yale.edu/sept11/tribe_001.asp) (zuletzt besucht am 5. 2. 2013); *Fitzpatrick*, Joan, JURISDICTION OF MILITARY COMMISSIONS AND THE AMBIGUOUS WAR ON TERRORISM, in: American Journal of International Law (2002) 96 Am. J. Int'l L. 345.; *Traban*, Jennifer, TRYING A BIN LADEN AND OTHERS: EVALUATING THE OPTIONS FOR TERRORIST TRIALS, in: Houston Journal of International Law (2002) 24 Hous. J. Int'l L. 475.; *Less*, Steven S. 694, 695; *Walen*, Alec; *Venzke*, Ingo, Unconstitutional Detention of Nonresident Aliens: Revisiting the Supreme Court's Treatment of the Law of War in *Hamdi v. Rumsfeld*, in: ZaöRV 67 (2007) 843-885; *Katyal*, Neal K.; *Tribe*, Laurence H.

<sup>322</sup> *Glaberson*, William, Obama Orders Halt to Prosecutions at Guantánamo, in: New York Times vom 21.1.2009, [http://www.nytimes.com/2009/01/22/washington/22gitmo.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2009/01/22/washington/22gitmo.html?_r=0) (zuletzt besucht am 2.8.2013); neuerdings wiederholt *Fischer*, Sebastian, Obama-Rede: Vermächtnis eines Drohnenkriegers, auf: Spiegel-Online, <http://www.spiegel.de/politik/ausland/us-praesident-obama-schraenkt-drohnenkrieg-ein-will-guantanamo-schliessen-a-901601.html> (zuletzt besucht am 2.8.2013).

und ihnen zumindest bis zu der Entscheidung *Boumediene v. Bush* im Jahre 2008 eine regelgerechte Haftprüfung verwehrt geblieben ist.

Die M.O. kann als schwerer Rückschlag für die rechtsstaatlichen Errungenschaften in den USA bewertet werden. In ihrer Qualität reicht die M.O. an die Rechtsverletzungen in den vierziger Jahren gegenüber den Japanern bzw. japanischstämmigen Amerikanern heran.<sup>323</sup>

Der Supreme Court hat hiergegen opponiert, indem er in *Hamdan v. Rumsfeld* sowie in *Boumediene v. Bush* die ursprüngliche M.O. und in Teilen das MCA für verfassungswidrig erklärt hat.<sup>324</sup> Nochmals gilt es in diesem Zusammenhang ein Zitat aus *Hamdan v. Rumsfeld* anzuführen:

*„Assuming the President has authority to establish a special military commission to try Hamdan, the commission must satisfy Common Article 3’s requirement of a “regularly constituted court affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples.” [...] The Court correctly concludes that the military commission here does not comply with this provision (Hervorhebung durch den Verfasser).“*<sup>325</sup>

## 6. Die Aufnahme der Terrorismusgesetzgebung als Ganzes

Betrachtet man die Terrorismusgesetzgebung nach dem 11. September 2001 als Ganzes, muss man zwischen der Rezeption des P. Act und der Rezeption der M.O. (bzw. des MCA) differenzieren.

### a) P. Act

Hinsichtlich verschiedener Sec. des P. Act prangert die Kritik von Teilen der Literatur vor allem den beschnittenen Schutz der Privatsphäre von Amerikanern und Nicht-Amerikanern an.<sup>326</sup> Die Sorge vor einem gläsernen Bürger sowie vor umfassender Überwachung prägt das Bild der Meinungen.<sup>327</sup> Bedenken, die die Rechtsstaatlichkeit in den USA in Gefahr sehen, stehen hier nicht im Mittelpunkt. Es entfacht sich vielmehr an den verschiedenen Eingriffskompetenzen der Ermittlungsbehörden sowie der Geheimdienste der klassische Streit

<sup>323</sup> Vgl. oben unter II.A.2.a).

<sup>324</sup> Vgl. oben unter II.B.5.c).

<sup>325</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557 S. 643.

<sup>326</sup> Vgl. oben unter II.B.4.b)(3); II.B.4.b)(4); II.B.4.c); II.B.4.e)(2).

<sup>327</sup> Vgl. oben unter II.B.4.b)(3); II.B.4.b)(4); II.B.4.c); II.B.4.e)(2).

um die Gewichtung von Freiheit und Sicherheit. Auch die aufgeweichte Trennung dieser Institutionen ist viel diskutiert.<sup>328</sup> Aufgrund der Erfahrungen der Amerikaner zu den Zeiten des COINTELPRO, wehren sich vor allem die Bürgerrechtsvereinigungen wie die ACLU gegen die an niedrige Verdachtsschwellen geknüpfte Ermächtigungsgrundlagen zur pauschalen Überprüfung unverdächtiger Bürger und Ausländer.<sup>329</sup>

Auf der anderen Seite finden sich erwartungsgemäß die Verfechter einer effektiven Sicherheitspolitik, die eine möglichst breite Erfassung der Gesellschaft sowie eine umfassende Zusammenarbeit von Geheimdiensten und Strafverfolgungsbehörden als Schlüssel zu einer effektiven Terrorismusabwehr auch im Innern auffassen.<sup>330</sup>

### *b) Military Commissions*

Was die Aufnahme der M.O. bzw. des nunmehr geltenden MCA anbelangt, findet keine Debatte zur Abwägung Freiheit gegen Sicherheit statt. Hier stehen tiefer greifende Bedenken in Bezug auf eine Erosion der Rechtsstaatlichkeit in den USA zur Diskussion. Die unbefristete Internierung von Ausländern aufgrund eines mitunter vagen Terrorismusverdachts hat nicht nur bei Bürgerrechtsbewegungen, sondern letztlich beim Supreme Court zu Kritik geführt. Die M.O. wurde als unvereinbar mit der Souveränität des Kongresses kritisiert. Dies wurde von der Regierung in Gestalt des MCA letztlich zumindest formell anerkannt.

Die bereits in Grundrissen dargestellte Kritik an der M.O. und dem MCA hängt auch damit zusammen, dass sich der Gesetzgeber bzw. die Regierung hier nicht bemühte - wie im P. Act, der in einer Vielzahl von Gesetzen lediglich Ergänzungen schafft - eine gesetzgeberische Idee in das bereits bestehende Regelungssystem zu inkorporieren. Vielmehr wurde ein neues System abseits und unabhängig vom bestehenden etabliert. Dafür wurde ein eigenes Gerichtssystem geschaffen, das eine Kopplung der Rechtssetzung und der Revision dieser politischen Entscheidungen herbeiführt. Der erforderliche Verwaltungsapparat wurde primär in die Hand des Verteidigungsministeriums gelegt. Es wurde eine Rechtsordnung neben der

---

<sup>328</sup> Vgl. oben unter II.B.4.c)(2).

<sup>329</sup> Vgl. oben unter II.B.4.b)(3); II.B.4.b)(4); II.B.4.c); II.B.4.c)(2)

<sup>330</sup> *Baker*, Stewart Grand Jury Secrecy Rules Help the Terrorists. Wall Street Journal vom 5. Oktober 2001 S. A14.

bestehenden Rechtsordnung geschaffen. Diese neue Rechtsordnung orientiert sich nicht am geltenden Verfassungs- und Völkerrecht.

## **7. Gegenstand der weiteren Untersuchung**

Im Folgenden soll vor allem der P. Act im Hinblick auf die maßgebliche Kritik bezüglich des Schutzes der (informationellen) Privatsphäre einer weitergehenden Analyse zugeführt werden. Dies soll auch und gerade unter vergleichender Betrachtung mit dem deutschen Äquivalent geschehen. Die M.O. und der MCA finden in der jüngeren deutschen Geschichte nach dem zweiten Weltkrieg kein vergleichbares Gegenstück und sind nicht maßgeblicher Bestandteil des unter IV. und V. folgenden Vergleiches.

## **III. Die Anti-Terrorismusgesetzgebung in Deutschland**

### **A. Die RAF Gesetzgebung**

#### **1. Historische Einordnung**

##### *a) Die außerparlamentarische Opposition in der Bundesrepublik der 1960er Jahre*

Ein wesentlicher Grund für die Proteste der außerparlamentarischen Opposition, aus der später in radikalierter und militanter Form die RAF hervorging<sup>331</sup>, war die unzureichende Aufarbeitung der nationalsozialistischen Vergangenheit durch die junge Bundesrepublik.<sup>332</sup> Die Staatsmacht in den 1960er Jahren stand aus Sicht der rebellierenden Studentenschaft in der außerparlamentarischen Opposition (APO), welche sich seit 1966 hauptsächlich aus den Mitgliedern des „Sozialistischen Deutschen Studentenbundes“ (SDS) zusammensetzte<sup>333</sup>, für ein verkrustetes und zutiefst reformbedürftiges System.<sup>334</sup>

---

<sup>331</sup> *Schwind*, Hans-Dieter, Ursachen des Terrorismus in der Bundesrepublik Deutschland (De Gruyter, Berlin u.a., 1978) S. 26 ff.

<sup>332</sup> Vgl. *Winkler*, Willi, Die Geschichte der RAF, (Rowohlt, Hamburg, 3. Auflage 2010) S. 23ff., 88, 89.

<sup>333</sup> *Schwind*, Hans-Dieter S. 26.

<sup>334</sup> *Schwind*, Hans-Dieter S. 26, 27; vgl. *Peters*, Butz, Tödlicher Irrtum: Die Geschichte der RAF (Deutsche Verlags-Anstalt, 1991) S. 41 ff; *Winkler*, Willi S. 89.

Insbesondere das nur mangelhaft entnazifizierte politische Personal führte zu dem Versuch, eine Kraft jenseits der herrschenden politischen Klasse außerhalb des deutschen Dreiparteiensystems zu schaffen.<sup>335</sup> Die APO wollte daher mit in ihren verschiedenen gemäßigten, radikalen und militanten Untergruppierungen das Bild der Politik in Deutschland grundlegend zu modernisieren.<sup>336</sup> Die APO bemühte sich, mit gezielt provokatorischen Protestaktionen das bestehende Regierungs- und Gesellschaftssystem nachhaltig zu verändern.<sup>337</sup> Der Protest richtete sich jedoch nicht nur gegen das System in der Bundesrepublik selbst, sondern entzündete sich zu einem bedeutenden Teil am Vietnamkrieg der USA.<sup>338</sup> Es herrschte ein immer raumgreifenderer Antiamerikanismus.<sup>339</sup>

In den Jahren 1967/68 begannen die maßgeblichen Vertreter der APO (z.B. *Rudi Dutschke*, *Hans-Jürgen Krahl*) die Gewalt als ein Mittel der Demonstration herauszustellen. Diese Jahre stellten sowohl eine Hochzeit der Bewegung, als auch einen Scheideweg hin zu der zerstörerischen, militanten Radikalisierung der APO und der aus ihr erwachsenen RAF dar.<sup>340</sup> Der Besuch des Schahs von Persien in Berlin am 2. Juni 1967, welcher als Repräsentant eines unterdrückerischen, autoritären Systems galt, war der Auslöser für einen weiteren Schritt in eben diese Richtung.<sup>341</sup> Die Auseinandersetzung der mit Blick auf die einschneidenden Kritik durch die APO unter Druck geratenen Bundesrepublik und der jungen politischen Bewegung nahm neue Formen an, als am Tage der Demonstration gegen den Besuch des Schahs von Persien der Student *Benno Ohnesorg* erschossen wurde. Damals hat die APO in dem Schützen, dem Polizisten *Karl-Heinz Kurras*, die Inkarnation der autoritären, verkrusteten, keine Kritik duldenden Strukturen der alten Bundesrepublik gesehen.<sup>342</sup> Erst im Jahre 2009 stellte sich heraus, dass *Kurras* ein Agent der DDR gewesen ist.<sup>343</sup>

Mit dem 2. Juni 1967 begann eine Kaskade von Anschlägen, welche die Bundesrepublik im Mark treffen und das politische System der jungen Bundesrepublik an seine Grenzen bringen

---

<sup>335</sup> *Winkler*, Willi S. 89 ff.

<sup>336</sup> *Schwind*, Hans-Dieter S. 26.

<sup>337</sup> *Ebenda*.

<sup>338</sup> *Winkler*, Willi S. 83; *Schwind*, Hans-Dieter S. 26.

<sup>339</sup> *Winkler*, Willi S. 74; vgl. *Aust*, Stefan S. 368; *Moltmann*, Günter, Deutscher Anti-Amerikanismus heute und früher, in: Franz Otmar (Hrsg.) *Vom Sinn der Geschichte*, (Stuttgart 1976) S. 86.; *Mell*, Franz, *Westdeutscher Anti-Amerikanismus in den siebziger Jahren* (GRIN Verlag, 2007) S. 3.

<sup>340</sup> *Schwind*, Hans-Dieter S. 27f.

<sup>341</sup> *Winkler*, Willi S. 81ff.

<sup>342</sup> *Winkler*, Willi S. 84 ff. 87.

<sup>343</sup> *Kellerhoff*, Sven Felix, Die Akten der Sowjets über Karl-Heinz Kurras, in: *Die Welt*, vom 26.5.2009, <http://www.welt.de/politik/article3807200/Die-Akten-der-Sowjets-ueber-Karl-Heinz-Kurras.html> (zuletzt besucht am 5.8.2013).

sollte.<sup>344</sup> Es entwickelte sich eine handfeste terroristische Vereinigung, mit der die BRD bis dato noch nicht umzugehen hatte.<sup>345</sup> Der Blick auf die gesetzgeberischen Reaktionen soll nach einem kurzen Überblick über die RAF selbst sowie über ihre Anschlagsserien im Mittelpunkt der Bearbeitung stehen.

## **b) Die RAF und der deutsche Herbst - ein Überblick**

### **(1) Die ersten Anschläge**

Am 2./3. April 1968 wurden zwei Frankfurter Kaufhäuser mittels zweier Sprengkörper, die aus einem Plastikbehälter mit einer brennbaren Flüssigkeit und einem batteriebetriebenen Uhrenwecker zusammengesetzt waren, von *Andreas Baader*, *Gudrun Ensslin* sowie zwei weiteren Mitstreitern in Brand gesetzt.<sup>346</sup> Die Beteiligten an den Anschlägen wurden alsbald gefasst und am 31.10.1968 vor dem LG Frankfurt zu einer Freiheitsstrafe verurteilt.<sup>347</sup> *Baader* und *Ensslin* verschwanden als das Urteil rechtskräftig wurde im Untergrund, anstatt die Strafe anzutreten. Am 4. April 1968 wurde *Baader* jedoch wieder gefasst und in die Haftanstalt Berlin-Tegel verbracht.<sup>348</sup>

Am 11. April 1968 setzte sich die nunmehr begonnene gewalttätige Auseinandersetzung in einem Sturm auf das zwanziggeschossige Hochhaus der Westberliner Niederlassung des Axel Springer Verlages fort. Erst als erhebliche Sachschäden an Fahrzeugen des Verlagshauses bereits entstanden waren, gelang es der Polizei die gewalttätige Versammlung der ca. 1000 Studenten aufzulösen.<sup>349</sup>

Mit diesen und weiteren Anschlägen war der Grundstein für den Übergang der sich auflösenden APO hin zu der RAF gelegt. Mit verschiedenen Rekrutierungsorganisationen suchte die rebellierende Studentenschaft Mitstreiter für die zersplitterten und im Einzelnen mehr oder weniger radikalen Vereinigungen.<sup>350</sup>

---

<sup>344</sup> *Schwind*, Hans-Dieter S. 13 ff.

<sup>345</sup> *Peters*, Butz S. 119 ff.

<sup>346</sup> *Schwind*, Hans-Dieter S. 27.

<sup>347</sup> Chronologie der RAF-Geschichte, auf: <http://www.raf-geschichte-der-rote-armee-fraktion.de/Chronologie-der-Rote-Armee-Fraktion.asp> (zuletzt besucht am 14.8.2013).

<sup>348</sup> Ebenda.

<sup>349</sup> *Schwind*, Hans-Dieter S. 27.

<sup>350</sup> *Schwind*, Hans-Dieter S. 31.

## (2) Die erste Generation der RAF

### (a) *Ursprung und Struktur*

Die sog. erste Generation der RAF trat erstmals bei der gewaltsamen Befreiung *Andreas Baaders* am 14. Mai 1970 in Erscheinung, bei der eine Person getötet wurde. Zu den Hauptfiguren dieser Gruppierung gehörten damals neben *Baader Gudrun Ensslin, Holger Meins, Ulrike Meinhof, Irmgard Möller* und *Jan-Carl Raspe*. Es folgte eine Reihe von Anschlägen, bei der nunmehr einzelne Personen, die in den Augen der RAF die alte Bundesrepublik repräsentierten, sowie ebensolche Institutionen das Ziel waren.<sup>351</sup> Auch amerikanische oder amerikafreundliche Organisationen und Institutionen, wie z.B. Einrichtungen der US-Armee, gehörten zu den Opfern der Anschläge. Die RAF finanzierte sich aus Raubüberfällen in Banken.<sup>352</sup>

Diese erste Generation der RAF trieb sieben Jahre lang ihr Unwesen in der Bundesrepublik. Davon waren die genannten Hauptakteure zwei Jahre im Untergrund und danach fünf Jahre im Gefängnis. In den Monaten Juni/Juli 1972 wurden *Baader, Meinhof, Ensslin, Meins, Raspe Mohnhaupt* und *Möller* innerhalb weniger Wochen verhaftet.<sup>353</sup>

### (b) *Wirken aus der Haft*

Mit der Inhaftierung begannen die sich im Gruppenvollzug befindenden *Baader, Ensslin, Meinhof* und *Raspe* die Geschicke der Organisation zu lenken.<sup>354</sup> Ein Mittel des Drucks gegen die sog. „Isolationsfolter“ - wie die Haftbedingungen in der JVA Stuttgart-Stammheim von der RAF genannt wurden<sup>355</sup> - war der Hungerstreik. *Holger Meins* starb im November 1974 an den Folgen eines wochenlangen Hungerstreiks.<sup>356</sup>

---

<sup>351</sup> *Peters, Butz* S. 119 ff.

<sup>352</sup> *Peters, Butz* S. 92; *Aust, Stefan* S. 141.

<sup>353</sup> *Aust, Stefan; Büchel, Helmar*, in: *DER SPIEGEL*, RAF-Serie (I) Der letzte Akt der Rebellion.37/2007, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-52909294.html> (zuletzt besucht am 5.8.2013).

<sup>354</sup> *Schwind, Hans-Dieter* S. 34 ff.

<sup>355</sup> *Probst, Robert*, Der Mythos von der "Isolationsfolter" in Stammheim, auf: [www.sueddeutsche.de](http://www.sueddeutsche.de), <http://www.sueddeutsche.de/politik/deutscher-herbst-tag-der-mythos-von-der-isolationsfolter-in-stammheim-1.326522> (zuletzt besucht am 14.8.2013); *Peters, Butz* S. 150 ff.

<sup>356</sup> *Schwind, Hans-Dieter* S. 36; *Aust, Stefan; Büchel, Helmar*, in: *DER SPIEGEL*, RAF-Serie (I) Der letzte Akt der Rebellion.37/2007, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-52909294.html> (zuletzt besucht am 5.8.2013); *Peters, Butz* S. 157 ff.

Am 21. Mai 1975 begann der Prozess in Stammheim gegen die dort befindlichen Häftlinge. Dieser Prozess stellte vor allem wegen der vollständigen Weigerung der Inhaftierten, sich dem Strafverfahren zu unterwerfen, einen juristischen Kraftakt dar.<sup>357</sup> Auch standen die Verteidiger der Inhaftierten immer wieder im Verdacht, sich am Wirken der RAF aus der Haft zu beteiligen.<sup>358</sup>

Die Bundesregierung beantwortete diese Problematik mit Gesetzesvorlagen zur Erleichterung des Kampfes gegen den Terrorismus wie z.B. durch das Gesetz zur Ergänzung des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts<sup>359</sup>, in dem die Möglichkeiten des Verteidigerausschlusses erweitert wurden. Das vierzehnte Strafrechtsänderungsgesetzes<sup>360</sup> stellte im Folgenden die verfassungsfeindliche Befürwortung von Straftaten (§ 88 a StGB) und die Anleitung von Straftaten (§ 130 a StGB) unter Strafe. Mit dem sog. „Anti-Terrorismusgesetz“<sup>361</sup> wurde § 129 a StGB geschaffen, der die Bildung Terroristischer Vereinigungen unter Strafe stellt und zu den Delikten gehört, an die in der Folge in der die schärfsten Eingriffskompetenzen der Strafverfolgungsbehörden geknüpft wurden und noch heute werden.

### (c) Das Jahr 1977

Den tragischen Höhepunkt fanden die Anschläge der RAF im Jahre 1977. Innerhalb weniger Monate wurden der Generalbundesanwalt *Siegfried Buback* und nach der Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe gegen *Baader*, *Ensslin* und *Raspe* der Vorstandsvorsitzende der Dresdner Bank *Jürgen Ponto* ermordet. Am 5. September wurde *Hanns Martin Schleyer* entführt.<sup>362</sup>

Während fieberhaft nach den Geiselnern gesucht wurde, die die Freipressung der Inhaftierten in Stammheim beabsichtigten, verabschiedete der Deutsche Bundestag im Anschluss an den Kontaktsperre-Beschluss des BGH vom 23. September 1977 das sog.

---

<sup>357</sup> *Peters*, Butz S. 156 ff.; vgl. im Einzelnen *Teufelde*, Christopher, Die Rote Armee Fraktion und die Strafjustiz. Anti-Terror-Gesetze und ihre Umsetzung am Beispiel des Stammheim-Prozesses (Julius Jonscher Verlag, 2009).

<sup>358</sup> *Aust*, Stefan, *Aust*, Stefan, Der Baader-Meinhof-Komplex (Goldmann Verlag, Hamburg, 1. Auflage der Neuauflage 2008) S. 322 f.

<sup>359</sup> BGBl. 1974 I, 3686 (20. Dezember 1974) (vgl. unten unter III.A.2).

<sup>360</sup> BGBl. 1976 I, 1056 (22. April 1976) (vgl. unten unter III.A.2).

<sup>361</sup> BGBl. 1976 I 2181 (18 August 1976) (vgl. unten unter III.A.2).

<sup>362</sup> *Peters*, Butz S. 1214 ff.; Chronologie der RAF-Geschichte, auf: <http://www.raf-geschichte-der-rote-armee-fraktion.de/Chronologie-der-Rote-Armee-Fraktion.asp> (zuletzt besucht am 14.8.2013).

Kontaktsperregesetz.<sup>363</sup> Es sollte jedwede Verbindung der Strafgefangenen mit anderen Gefangenen und der Außenwelt, insbesondere mit ihren Anwälten verhindern. Nur auf diese Weise schien man der Einflussnahme der Gefangenen auf ihre Handlanger in Freiheit Herr werden zu können.

Vom 13. bis zum 18. Oktober wurde die Lufthansa Maschine „Landshut“ mit 82 Passagieren an Bord durch eine palästinensische Terroristengruppe entführt, um unter Stellung eines Ultimatums ebenfalls die Freilassung der Stammheimer Häftlinge zu erreichen.<sup>364</sup> Dem Sondereinsatzkommando GSG 9 gelang es am 18. Oktober 1977 auf dem Flughafen des somalischen Mogadischu die Geiseln zu befreien. Dabei wurden drei Terroristen getötet. Der Kapitän der Maschine wurde von diesen bereits am Vortag ermordet.<sup>365</sup>

Am 19. Oktober 1977 wurde *Hanns Martin Schleyer* im Kofferraum eines PKW im französischen Mulhouse tot aufgefunden.<sup>366</sup>

Nach den gescheiterten Befreiungsversuchen nahmen sich die Häftlinge *Andreas Baader*, *Jan Carl Raspe* und *Gudrun Ensslin* in ihren Zellen das Leben.<sup>367</sup>

### (3) Die zweite Generation der RAF

Die zweite Generation der RAF<sup>368</sup> bildete sich, nachdem die erste Generation nahezu vollständig inhaftiert wurde. Sie kann als die aktive operative Einheit während des deutschen Herbstes im Jahre 1977 bezeichnet werden, welche von der ersten Generation aus der Haft gesteuert wurde.<sup>369</sup>

### (4) Die dritte Generation der RAF

---

<sup>363</sup> BGBl. 1977 I. 1877 (30. September 1977) (vgl. unten unter III.A.2).

<sup>364</sup> *Aust*, Stefan; *Büchel*, Helmar, in: *DER SPIEGEL*, RAF-Serie (I) Der letzte Akt der Rebellion.37/2007, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-52909294.html> (zuletzt besucht am 5.8.2013); *Schwind*, Hans-Dieter S. 39.

<sup>365</sup> Chronologie der RAF-Geschichte, auf: <http://www.raf-geschichte-der-rote-armee-fraktion.de/Chronologie-der-Rote-Armee-Fraktion.asp> (zuletzt besucht am 14.8.2013).

<sup>366</sup> *Schwind*, Hans-Dieter S. 40.

<sup>367</sup> *Aust*, Stefan S. 17 ff.

<sup>368</sup> Vgl. *Peters*, Butz S. 191 ff.

<sup>369</sup> Ebenda.

Während die zweite RAF Generation noch die Freipressung ihrer inhaftierten Anführer als ihr Hauptziel formulierten, verlagerte sich in der dritten Generation<sup>370</sup> die Zielsetzung auf präzise geplante Angriffe mithilfe von Kooperationen mit anderen westeuropäischen Terrorgruppen des linken Spektrums.<sup>371</sup>

#### (5) Auflösung der RAF

Am 20. April 1998 veröffentlichte die RAF über die Nachrichtenagentur Reuters ein achtseitiges, als authentisch eingestuftes Pamphlet, in dem die RAF ihre Selbstaflösung verkündete.<sup>372</sup>

#### (6) Gegenstand der weiteren Darstellung

Über das Wirken und die einzelnen Anschläge der RAF wurden zahlreiche Geschichtsbücher gefüllt.<sup>373</sup> Im Folgenden soll eine Konzentration auf die wesentliche, mit dem linken Terrorismus in Deutschland im Zusammenhang stehende Gesetzgebung stattfinden und so der Grundstein für die historische Betrachtung der Terrorismusgesetzgebung in der Bundesrepublik seit den siebziger Jahren gelegt werden. Im Mittelpunkt wird dabei die Terrorismusgesetzgebung seit dem 11. September 2001 stehen.

## 2. Änderungen im Strafverfahrensrecht

In der StPO sind in den siebziger Jahren zahlreiche Veränderungen vorgenommen worden. In dem folgenden Überblick sollen die wesentlichen gesetzgeberischen Änderungen ohne Anspruch auf Vollständigkeit - vielmehr auf eine pointierte Darstellung der gesetzgeberischen Grundentscheidungen für den in dieser Arbeit relevanten Bereich in den Jahren 1971 bis 1979 - aufgenommen werden. Die Veränderungen durch das Kontaktsperregesetz sollen an späterer Stelle gesondert einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

---

<sup>370</sup> Vgl. *Peters, Butz* S. 335 ff.

<sup>371</sup> *Ebenda*.

<sup>372</sup> Vgl. <http://www.extremismus.com/terror/rafdox30.html> (zuletzt besucht am 6. 2. 2013).

<sup>373</sup> *Winkler, Willi*, Die Geschichte der RAF. (Rowohlt, Hamburg, 3. Auflage 2010); *Aust, Stefan*, Der Baader-Meinhof-Komplex (Goldmann Verlag, Hamburg, 1. Auflage der Neuauflage 2008); *Hoffmann, Martin*, Rote Armee Fraktion - Texte und Materialien zur Geschichte der RAF (Id-Verlag 1997); *Peters, Butz*, Tödlicher Irrtum: Die Geschichte der RAF (Deutsche Verlags-Anstalt, 1991); vgl. auch <http://www.bpb.de/geschichte/deutsche-geschichte/geschichte-der-raf/>.

### a) *Zwölftes Strafrechtsänderungsgesetz vom 16. Dezember 1971*

Im Zwölften Strafrechtsänderungsgesetz vom 16. Dezember 1971<sup>374</sup> wurde die Möglichkeit, eine Überwachung der Telekommunikation anzuordnen (§ 100 a StPO) insoweit erweitert, als nunmehr gemäß § 100 a Nr. 2 StPO nicht mehr nur „ein Menschenraub, eine Verschleppung oder eine erpresserische Kindesentführung“ die Anordnungscompetenz auslöst, sondern pauschal „eine Straftat gegen die persönliche Freiheit (§ 234, 234a, 239 a, 239 b des Strafgesetzbuches)“ ausreicht. Dies hängt mit der Einführung des § 239 a StGB (Menschenraub) und § 239 b StGB (Geiselnahme) zusammen. Die Erweiterung des StGB um diese Delikte schlägt sich demnach unmittelbar in dem Katalog des § 100 a StGB nieder. Der Tatverdacht zur Auslösung der Anordnungscompetenz, welche nach § 100 b StPO nur ein Richter, bei Gefahr im Verzug jedoch auch die Staatsanwaltschaft innehat, muss weder hinreichend noch dringend sein.<sup>375</sup> Es genügt ein Anfangsverdacht. Die Grundrechtliche Relevanz dieser Vorschrift ist damit nicht zu unterschätzen.

### b) *„Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts“ (1. StVRG) vom 9. Dezember 1974*

Mit dem „Ersten Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts“ (1. StVRG) vom 9. Dezember 1974<sup>376</sup> wurde eine im Jahr 1964 begonnene grundsätzliche Novellierung des Strafverfahrensrechts fortgeführt.<sup>377</sup> Erklärtes Ziel des Gesetzes war es, das Strafverfahren zu straffen, damit zu beschleunigen und zu effektivieren.<sup>378</sup> In diesem Gesetzeswerk fand zum einen eine Beschleunigung des Ermittlungsverfahrens mittels einer Erweiterung der Befugnisse der Staatsanwaltschaft statt. Die Mitwirkung des Ermittlungsrichters wurde auf ein Mindestmaß zurückgeführt und die Staatsanwaltschaft zu der wirklichen „Herrin des Vorverfahrens“ erhoben.<sup>379</sup> In diesem Zuge wurden nunmehr Zeugen, Sachverständige und auch der Beschuldigte verpflichtet, bei der Staatsanwaltschaft infolge einer Ladung zu erscheinen (§ 161 a StPO). Weiterhin darf durch Neufassung des § 110 StPO die Staatsanwaltschaft alle Dokumente des Adressaten einer Durchsuchungsanordnung nach Übertragung dieser Rechte durch den Ermittlungsrichter selbst einsehen. Gleiches gilt für

<sup>374</sup> BGBl. 1971 I. 1979 (16. Dezember 1971).

<sup>375</sup> Nack, Armin, *Karlsruher Kommentar zur StPO* (C.H. Beck, München, 6. Auflage 2008) § 100 a StPO Rn. 34.

<sup>376</sup> BGBl. 1974 I. 3393 (9. Dezember 1974).

<sup>377</sup> Rieß, Peter, *Der Hauptinhalt des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG)* in: NJW 1975, 81.

<sup>378</sup> Ebenda.

<sup>379</sup> Schäfer, Karl, in: Löwe/Rosenberg *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO, Großkommentar*, Band I, Peter Rieß (Hrsg.) (De Gruyter, Berlin, 22. Auflage 1988) Einl. Kap. 5 Rn. 25.

Gegenstände, die einer vorherigen Postbeschlagnahme unterliegen, sofern Gefahr im Verzug gegeben ist (§ 100 StPO).

Hier wird deutlich - auch wenn der direkte Bezug zur RAF nicht explizit zum Ausdruck kommt - dass der Gesetzgeber die Effektivierung der Strafverfolgung in den Mittelpunkt zu stellen beginnt. Beschuldigtenrechte haben sich dem unterzuordnen.

*c) „Ergänzungsgesetz zum ersten Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts“ vom 20. Dezember 1974 (1. StVRErgG)*

Das „Ergänzungsgesetz zum ersten Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts“ vom 20. Dezember 1974 (1. StVRErgG) wurde mitunter als „Anti-Terror-Gesetz“ bezeichnet.<sup>380</sup> Der damalige Bundesjustizminister *Hans-Jochen Vogel* bezeichnete es als die erste unmittelbar durch die Terrorismuskriminalität ausgelöste strafverfahrensrechtliche Änderung.<sup>381</sup>

(1) Der Verteidigerausschluss nach den §§ 138 a ff. StPO

*(a) Entstehung und Ausgestaltung des Verteidigerausschlusses*

Eine der maßgebenden Änderungen in diesem Gesetzeswerk betraf den Verteidigerausschluss wegen des Verdachts des Verkehrsmissbrauchs zur Begehung von Straftaten und zur Gefährdung der Anstaltssicherheit.

Das BVerfG hatte auf die Verfassungsbeschwerde gegen die Ausschließung des späteren Bundesinnenministers *Otto Schily* als Verteidiger *Gudrun Ensslin* im Stammheimer Prozess mit Beschluss vom 14. 2. 1973 festgestellt:

*„Entzieht das Gericht einem Rechtsanwalt die Verteidigungsbefugnis, weil er im Verdacht der Teilnahme an der dem Beschuldigten zur Last gelegten Straftat steht, so*

---

<sup>380</sup> *Rau*, Markus, Country Report: Germany, in: Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty? Walter/Vonck/Röben/Schorkopf (Hrsg.) (Springer, Berlin/Heidelberg, 2004) S. 311, 313; *Rudolphi*, Hans-Joachim, Die Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus - Versuch einer kritischen Würdigung -, in: JA 1979, I, 4.

<sup>381</sup> *Vogel*, Hans-Jochen, Strafverfahrensrecht und Terrorismus, eine Bilanz, in: NJW 1978, 1217, 1219.

*liegt darin ein Eingriff in die Freiheit der anwaltlichen Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG), der zur Zeit weder durch Gesetz noch durch Gewohnheitsrecht gedeckt ist.*<sup>382</sup>

Bis dato war es nämlich möglich, den Verteidiger z.B. wegen „Unfähigkeit“ von der Verteidigung auszuschließen. Diese Unfähigkeit wurde bei Verfahrenssabotage oder beim Verdacht der Teilnahme angenommen.<sup>383</sup> Auf diesen Beschluss, der die Unvereinbarkeit dieser Praxis mit verfassungsrechtlichen Grundprinzipien feststellte, hatte der Gesetzgeber infolgedessen eine Antwort zu geben, welche durch die nunmehr auftretende RAF Problematik noch mehr presste. In den Verfahren gegen die erste Generation der RAF Gefangenen in Stammheim trat der Verdacht hervor, dass deren Verteidiger ihre Rechtsstellung missbrauchten, indem sie als Instrument der Kommunikation zwischen den Gefangenen in Untersuchungshaft fungierten.<sup>384</sup> Diese Gefahr war durch die Tatsache verstärkt, dass die Gefangenen stets mehrere Verteidiger hatten und sich diese mitunter teilten. Im Vorfeld zu dem zügig verabschiedeten Gesetzesentwurf wurden damit Erweiterung der Möglichkeit des Ausschlusses der Verteidiger, die Überwachung des an sich geschützten Verkehrs zwischen Verteidiger und Angeklagten sowie eine kombinatorische Verbindung dieser Möglichkeiten erwogen.<sup>385</sup> In der Ergänzung vom 20. Dezember 1974 wurde zunächst nur die erste Variante mittels der neu geschaffenen §§ 138 a und 138 b StPO in die Tat umgesetzt. Vorgreifend kann jedoch auf den § 148 StPO in der Fassung vom 18 August 1976 verwiesen werden, der auch die zweite Variante umsetzte.<sup>386</sup>

Die neu eingefügten §§ 138 a und 138 b StPO kodifizieren seither eine abschließende Aufzählung der Ausschließungsgründe eines Verteidigers. Der für die anzustellende Untersuchung vornehmlich erwähnenswerte § 138 a StPO lautete in der unter dem 20. Dezember 1974 verabschiedeten Fassung:

*„(1) Ein Verteidiger ist von der Mitwirkung in einem Verfahren auszuschließen, wenn er dringend oder in einem die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtfertigenden Grade verdächtig ist, an der Tat, die den Gegenstand der Untersuchung bildet, beteiligt zu sein oder eine Handlung begangen zu haben, die für den Fall der Verurteilung des Beschuldigten Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei wäre.*

*(2) Ein Verteidiger ist von der Mitwirkung in einem Verfahren auszuschließen, wenn er*

<sup>382</sup> BVerfG 34, 293. Leitsatz zitiert aus NJW 1973, 696.

<sup>383</sup> Schäfer, Karl (1988) Rn. 74.

<sup>384</sup> Vgl. oben unter III.A. I.b)(2)(b).

<sup>385</sup> Ebenda.

<sup>386</sup> BGBl. 1976 I, 1797 2181, 2182 (18. August 1976).

1. dringend verdächtigt ist, daß er den Verkehr mit dem nicht auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten dazu mißbraucht, Straftaten, die im Höchstmaß mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht sind, zu begehen, oder
2. den Verkehr mit dem nicht auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten dazu mißbraucht, die Sicherheit einer Vollzugsanstalt erheblich zu gefährden.<sup>387</sup>

§ 139 b StPO senkte die Verdachtsschwelle auf: eine „auf Grund bestimmter Tatsachen“ begründete „Annahme“ herab, „dass seine Mitwirkung eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeiführen würde“, wenn die zu verteidigende Tat eine besonders schwere Straftaten darstellt, für die die Staatsschutzkammer des OLG erstinstanzlich zuständig ist (§ 74 a Abs. 1 Nr. 3 oder § 120 Abs. 1 Nr. 3 GVG).

Besonders § 138 a Abs. 1 und 2 StPO boten damit ein scharfes Schwert gegen die Verteidiger der RAF Gefangenen. Die Begründung hinreichenden Tatverdachts des „konspirativen Zusammenwirkens“<sup>388</sup> mit dem nicht auf freiem Fuß befindlichen stellten eine vergleichsweise niedrige Hürde dar.

#### *(b) Kritik am Verteidigerausschluss*

Die §§ 138 a ff. StPO stellen einen schwerwiegenden Eingriff in die verfassungsrechtlich verbürgten Verteidigungsrechte des Beschuldigten dar.<sup>389</sup> Insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird angesichts des Übermaßverbotes<sup>390</sup> als berührt angesehen. Der Ausschluss des Verteidigers vom Verfahren stellt die äußerste und schärfste Maßnahme dar und greift sowohl in das Recht auf ein faires Verfahren, als auch in die

---

<sup>387</sup> § 138 a Abs. 1 und 2 StPO lauten in ihrer aktuellen Fassung:

(1) Ein Verteidiger ist von der Mitwirkung in einem Verfahren auszuschließen, wenn er dringend oder in einem die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtfertigenden Grade verdächtig ist, daß er

1. an der Tat, die den Gegenstand der Untersuchung bildet, beteiligt ist,

2. den Verkehr mit dem nicht auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten dazu mißbraucht, Straftaten zu begehen oder die Sicherheit einer Vollzugsanstalt erheblich zu gefährden, oder

3. eine Handlung begangen hat, die für den Fall der Verurteilung des Beschuldigten Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei wäre.

(2) Von der Mitwirkung in einem Verfahren, das eine Straftat nach § 129a, auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1, des Strafgesetzbuches zum Gegenstand hat, ist ein Verteidiger auch auszuschließen, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, daß er eine der in Absatz 1 Nr. 1 und 2 bezeichneten Handlungen begangen hat oder begeht.

<sup>388</sup> Vgl. *Groß*, Karl-Heinz, Der erweiterte Verteidigerausschluss nach § 138 a II StPO - eine Fehlentscheidung des Gesetzgebers, NJW 1975, 422.

<sup>389</sup> *Wohlers*, Wolfgang, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 3, Jürgen Wolter (Hrsg.) (Heymann, Köln, 4. neu bearbeitete Auflage 2010) § 138a StPO Rn. 1.

<sup>390</sup> *Groß*, Karl-Heinz S. 429.

Berufsrechte des Anwalts schwerwiegend ein.<sup>391</sup> Eine dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung tragende restriktive Auslegung wird daher für erforderlich erachtet.<sup>392</sup>

Nach dem Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages könne es der Rechtsstaat nicht dulden, dass die dem Beschuldigten und seinem Anwalt von der Verfassung bzw. der Strafprozessordnung zugebilligten Rechte zur Vorbereitung der Hauptverhandlung dazu missbraucht werden, die bestehende Rechtsordnung zur Gefährdung der Sicherheit der Bürger anzugreifen.<sup>393</sup>

Auf der anderen Seite wird kritisiert, dass die Straftaten, die unter dem angedachten Mindeststrafmaß des § 138 a Abs. 2 Nr. 1 StPO liegen, nicht dem erklärten Ziel der Bundesregierung Rechnung tragen, dass die in Rede stehenden Straftaten von gewissem Gewicht sein müssen.<sup>394</sup>

*Groß* sieht in dem Ausdruck „mißbraucht“ in § 138 a Abs. 2 Nr. 1 StPO eine Rückkehr zum Gesinnungsstrafrecht, da sich dieses subjektiv gelagerte Merkmal bereits in der Absicht des Verteidigers, Straftaten zu begehen, wiederfindet und somit keine eigenständige Bedeutung in der Vorschrift beanspruchen, sondern vielmehr mit dem Begriff „verwendet“ übersetzt werden kann. Wollte man diesem Wort jedoch eine eigenständige Bedeutung beimessen, liefe dies darauf hinaus „einen besonders bösen Willen“ des Verteidigers zu verlangen. Diese Lesart offenbarte nach Auffassung *Groß*, dass § 138 a Abs. 2 StPO vornehmlich für diejenigen Verteidiger gelten sollte, für die diese Norm geschaffen wurde - nämlich die Verteidiger der RAF. Folgerichtig stellt *Groß* fest:

---

<sup>391</sup> *Wohlert*, Wolfgang Rn. 2; *Lüderssen*, Klaus; *Jahn*, Matthias, in: Löwe/Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO, Großkommentar, Band 4, Volker Erb (Hrsg.) (De Gruyter, Berlin, 26., neu bearbeitete Auflage 2007) § 138a Rn. 2.

<sup>392</sup> *Lüderssen*, Klaus; *Jahn*, Matthias, § 138 a Rn. 2; *Laulhütte*, Heinrich, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, Rolf Hannich (Hrsg.) (C.H. Beck, München, 6. Auflage 2008) §138 a Rn. 10; *Dahs*, Hans, Ausschließung und Überwachung des Strafverteidigers - Bilanz und Vorschau, NJW 1975, 1385, 1389; *Donus*, Wolfgang, Ausschließung und Überwachung des Verteidigers im Strafverfahren (Diss. Tübingen 1978) S. 59 ff.; *Kühne*, Hans-Heiner, Strafprozessrecht (C.F. Müller, Heidelberg, 7. Auflage 2007) Rn. 234; *Remagen Kemmerling*, Martina, Der Ausschluss des Strafverteidigers in Theorie und Praxis (Duncker & Humblot, Berlin, 1992) S. 51; *Rissel*, Friedhelm, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, insbesondere in seiner Funktion als Verteidiger im Strafverfahren (Diss. Marburg (Lahn) 1980) S. 121 ff., die Verfassungsmäßigkeit wegen Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bezweifelnd *Groß*, Karl-Heinz S. 427 f.; *Gusy*, Christoph, Grundrechtsschutz der Strafverteidigung, AnwBl 1979, 212, 233.

<sup>393</sup> BT-Drs. 7/2989.

<sup>394</sup> *Groß*, Karl-Heinz S. 423.

*„[...] womit aber diese Bestimmung als rechtsstaatlich anrühiges Maßnahme-Gesetz denunziert werden müßte. Das Baader-Meinhof-Phänomen zwingt unseren Rechtsstaat keineswegs zur Rückkehr zum Gesinnungsrecht.“*<sup>395</sup>

*Groß* lässt sich eingehend auf die Debatte über die Verfassungsmäßigkeit des § 138 a StPO ein. Er sieht insbesondere Art. 6 Abs. 3 c MRK sowie Art. 12 und 19 Abs. 2 GG als möglicherweise kollidierende Normen an. Je nachdem wo das Recht der freien Verteidigerwahl anzusiedeln ist - sei es aus dem Rechtsstaatsprinzip<sup>396</sup> oder aus dem Recht auf rechtliches Gehör - könnten auch diese verfassungsrechtlichen Normen möglicherweise berührt sein. Zu einer Abschließenden Beurteilung gelangt *Groß* in diesem Zusammenhang jedoch nicht. Es ist allerdings festzustellen, dass das BVerfG gegen die Beschwerde des Beschwerdeführers Rechtsanwalt *Croissant* die Regelung mittlerweile als verfassungsgemäß anerkannt hat.<sup>397</sup> Das BVerfG stellt insbesondere mit Blick auf der Übermaßverbot fest:

*„Es war Sache des Gesetzgebers, den Kreis der zum Ausschluß führenden Straftaten abzugrenzen. Ob er dabei die zweckmäßigste, vernünftigste und gerechteste Lösung gefunden hat, ist vom BVerfG nicht zu prüfen [...]. Es begegnet auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, daß er sich bei schwerwiegendem Mißbrauch des Verkehrsrechts nicht mit der Aberkennung einzelner Verteidigerbefugnisse begnügt, sondern den Ausschluß des Verteidigers als obligatorische Maßnahme angeordnet hat.“*<sup>398</sup>

*Groß* verweist gerade mit Blick auf den letzten Aspekt auf zwei weitere Entscheidungen des BVerfG. Sowohl in dem hier bereits mehrmals zitierten Beschluss des BVerfG gegen den Ausschluss des Verteidigers *Schily*<sup>399</sup> sowie in der Entscheidung des BVerfG vom 19. 12. 1962<sup>400</sup> hielt das BVerfG das Recht auf freie Wahl des Verteidigers für einen so integralen Bestandteil der Rechtsstaatlichkeit, dass es in der zuletzt zitierten Entscheidung den Ausschluss eines Verteidigers für verfassungswidrig erklärte, der sich der Beihilfe zur Beamtennötigung und Zersetzung (damals §§ 114, 91 StGB) durch Weitergabe einer Kampfschrift an das Gericht schuldig gemacht hatte. Das Übermaßverbot war nach

---

<sup>395</sup> *Groß*, Karl-Heinz S. 424.

<sup>396</sup> So das BVerfG, BVerfG 34, 293.

<sup>397</sup> BVerfG Beschluss vom 4. 7. 1975; NJW 1975, 2341.

<sup>398</sup> Ebenda.

<sup>399</sup> BVerfG 34, 293.

<sup>400</sup> BVerfGE 15, 235; NJW 1963, 195.

Auffassung des BVerfG in diesem Fall verletzt.<sup>401</sup> Die Tatsache, dass § 138 a Abs. 2 Nr. 1 StPO den Ausschluss des Verteidigers als obligatorische Maßnahme anordnet und die Wahl eines milderen Mittels gar nicht berücksichtigt, kann nach Auffassung *Groß*<sup>401</sup> auch nicht mit einer verfassungskonformen Auslegung bereinigt werden. Das BVerfG hatte noch in dem Beschluss vom 14. 2. 1973 ausgeführt:

*„Der Ausschluß von der Verteidigung ist die schärfste Maßnahme, die im Strafverfahren gegenüber dem Anwalt des Beschuldigten überhaupt in Betracht kommt. Ein so schwerer und für das Verfahren endgültiger Eingriff in die Verteidigerstellung bedarf von Verfassungs wegen einer Begründung, die ihre Rechtfertigung unzweideutig, verlässlich und sicher in dem erklärten, objektivierten Willen des Gesetzgebers findet. [...] Die Entziehung der Verteidigungsbefugnis nimmt dem Beschuldigten den Anwalt seiner Wahl. Zugleich unterwirft sie den Verteidiger einer Maßnahme, die seine Unabhängigkeit als Anwalt in Frage stellt. Damit geht es nicht nur um die Interessen Einzelner, sondern um die Belange der Rechtspflege selbst. Für einen rechtsstaatlich geordneten Strafprozeß ist es von großem Gewicht, daß der Beschuldigte die Möglichkeit hat, von einem Anwalt seines Vertrauens verteidigt zu werden. Von nicht geringerer Bedeutung ist es, daß dieser Anwalt einen freien Beruf ausübt, der staatliche Kontrolle und Bevormundung prinzipiell ausschließt. Das Recht der freien Verteidigerwahl und der seit einem Jahrhundert anerkannte Grundsatz der „freien Advokatur“ (BVerfGE 15, 226 [234]) sind wesentliche Voraussetzungen eines Strafverfahrens, in dem der Beschuldigte nicht zum Objekt staatlichen Handelns wird, sondern seine Stellung als Prozeßsubjekt behauptet und die damit verbundenen Rechte auch wirksam zu nutzen vermag.“<sup>402</sup>*

Angesichts dieser Bewertung des Rechts auf eine freie Wahl des Verteidigers in einem von rechtsstaatlichen Grundsätzen geprägten Verfahren, erscheinen die nahezu lapidar klingenden Ausführungen im Beschluss des BVerfG vom 4. 7. 1975 als nicht geeignet diesen Eingriff in die Rechtsstellung des Verteidigers zu rechtfertigen. Zwar ging es in dem Beschluss vom 14. 2. 1973 um den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes und es wurden vornehmlich die Ansprüche an eine zu schaffende Ermächtigungsgrundlage erörtert. Dennoch wird in diesem

---

<sup>401</sup> Vgl. *Groß*, Karl-Heinz S. 427.

<sup>402</sup> BVerfG 34, 293.

Beschluss, der die Ausschließung *Schily*s als verfassungswidrig einordnete, eine klare Positionierung des Rechts auf freie Wahl des Verteidigers im rechtsstaatlichen Gefüge vorgenommen. Dieser Positionierung des Rechts auf freie Wahl des Verteidigers im rechtsstaatlichen Gefüge wird insbesondere der § 138 a Abs. 2 StPO nicht gerecht.

Der Verteidigerausschluss muss das äußerste Mittel der Vorbeugung von Straftaten sein und nicht das einzige. Dies ergibt sich aus den zitierten Ausführungen des BVerfG selbst. Es hat durch die Formulierungen der Anforderungen an eine Ermächtigungsgrundlage im dem Beschluss von 1973 der Legislative einen Teil seiner Einschätzungsprärogative genommen. Inkonsequent weicht das BVerfG von den eigenen Ausführungen ab und lässt die Exekutive mit den §§ 138a ff. StPO gewähren.

*Groß* sieht in den Regelungen zum Verteidigerausschluss überdies einen kriminalpolitischen Fehlgriff. § 138 a Abs. 2 StPO sei nicht etwa Prozessstrafe, sondern vielmehr Instrument der Prävention. Somit wäre eine Überwachung des Verkehrs zwischen Beschuldigtem und seinem Anwalt viel eher ermittlungstaktisch angezeigt und nicht die sofortige „Unterbindung von Konspiration in der Zelle“.<sup>403</sup> Auch wenn *Groß* die folgende, eher rechtspolitische Folgerung seinen Ausführungen nicht zugrunde legen möchte, ist diese Feststellung als Tenor seiner Ausführungen zu begreifen:

„[...] mit der gesamten Vorschrift [wurde] (§§ 138 a, 138 b StPO) ein Stück freier Advokatur rechtsstaatlicher Provenienz demontiert [...].“<sup>404</sup>

### (c) Abschließende Bemerkungen

Der Vollständigkeit halber sei vorgreifend erwähnt, dass im Jahre 1978 durch das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung (StPÄG 1978)<sup>405</sup> die Ausschließungsgründe neu geordnet und in Abs. 1 zusammengestellt wurden. Teilweise wurde die Beschränkung auf Taten mit einem gewissen Strafraum abgeschafft und der Verdachtsgrad des bisherigen Abs. 1 auf alle bisherigen Ausschließungsgründe ausgedehnt. Neu geschaffen wurde Abs. 2, der bei minderem Verdachtsgrad - „bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen“ - in Verfahren, deren Gegenstand die Verfolgung von Straftaten nach § 129 a StGB (und seit 2002 auch §

---

<sup>403</sup> *Groß*, Karl-Heinz S. 427.

<sup>404</sup> *Groß*, Karl-Heinz S. 423.

<sup>405</sup> BGBl. 1978 I, 497 (14. April 1978) vgl. unten unter III. A. 2. f).

129 b StGB) zum Gegenstand haben, den Ausschluss des Verteidigers gebietet. Auf § 129 a StGB und § 129 b StGB soll an späterer Stelle vertieft eingegangen werden.<sup>406</sup> Überdies wurde durch das StPÄG von 1978 das Verteidigungsverbot durch ein vollständiges Besuchsverbot erweitert.

In seiner konzeptionellen Auslegung ist die Regelung damit unangetastet geblieben, sodass die hier vorgetragenen Bedenken gegen den Verteidigerausschluss unabhängig davon fortbestehen.

### (2) Höchstzahl der Verteidiger und Verbot der Mehrfachverteidigung, §§ 137, 146 StPO

In dem 1. StVRErgG von 1974 wurde weiterhin in § 137 Abs. 1 S. 2 StPO die Zahl der vom Beschuldigten zu wählenden Verteidiger auf drei begrenzt, um die durch eine Vielzahl von Verteidigern möglicherweise provozierte Verschleppung des Strafprozesses zu verhindern. Großverfahren fanden keine Ausnahmeregelung.

§ 146 StPO legte aus ähnlichen Gründen das Verbot der Verteidigung anderer Beschuldiger in demselben Verfahren fest. In einem Verfahren kann der Verteidiger auch nicht gleichzeitig mehrere verschiedener Taten Beschuldigte verteidigen.

### (3) Durchführung der Hauptverhandlung ohne den Angeklagten, § 231 b StPO

§ 231 b StPO wurde eingeführt, um die Möglichkeit zu erweitern, die Hauptverhandlung ohne den sich ordnungswidrig verhaltenden Angeklagten fortzusetzen. Anders als es der vorherige § 247 Abs. 2 StPO vorsah, ist seither auch eine Weiterführung der Hauptverhandlung ohne den Angeklagten direkt nach Sitzungsbeginn möglich, solange der Angeklagte nur die Möglichkeit erhält, sich zum Anklagevorwurf zu äußern.<sup>407</sup> Angesichts der versuchten und teilweise auch gelungenen Sabotage der Hauptverhandlung durch die RAF Gefangenen der ersten Generation im Stammheimer Prozess, muss diese Gesetzesänderung gebilligt werden. Sofern der Staat als Inhaber des Strafanspruchs gegen den Einzelnen grundsätzliche Anerkennung erfährt, darf die Durchsetzung desselben nicht davon abhängig gemacht

<sup>406</sup> Vgl. zu § 129 a StGB III.A.3 und zu § 129 b StGB III.B.1.b).

<sup>407</sup> Schäfer, Karl (1988) Rn. 81.

werden, ob der einzelne Angeklagte sich willentlich diesem Strafanspruch unterwirft oder nicht. Die Durchführung der Hauptverhandlung kann nicht dem Willen des Angeklagten zur Folgsamkeit untergeordnet sein. Durch die Einräumung der Möglichkeit, sich zum Anklagevorwurf zu äußern, wird die grundsätzliche Möglichkeit der Verteidigung gegeben. Es steht dem Angeklagten daraufhin frei, sich dem Prozedere der Hauptverhandlung mit der in der Prozessordnung vorgesehenen Ordnung - die vom Parlament und damit vom Volk beschlossen wurde - anzupassen oder nicht. Im letzteren Fall begibt sich der Angeklagte aus freien Stücken der Möglichkeit, auf die eigene Entlastung hinzuwirken, was im Übrigen auch Aufgabe der Staatsanwaltschaft ist.

#### (4) Sonstiges

Die weiteren Änderungen liegen zum einen in der Neufassung der Vorschrift über die Abgabe von Erklärungen während der Hauptverhandlung, § 257 StPO. Zum anderen liegt eine wesentliche Einschränkung des Grundsatzes der Öffentlichkeit in der Schaffung der Möglichkeit der Verkündung des Beschlusses über den Ausschluss der Öffentlichkeit in einer nicht öffentlichen Sitzung, § 174 GVG. Weiterhin wurden in den §§ 177, 178 GVG weitreichende Verschärfungen der Bestimmungen über die Ordnungsgewalt in der Hauptverhandlung geschaffen.

#### ***d) Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung, des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Bundesrechtsanwaltsordnung und des Strafvollzugsgesetzes vom 18. 8. 1976 (Änderungsgesetz 1976)***

Dieses allenthalben als „Anti-Terrorismusgesetz“ bezeichnete<sup>408</sup> Gesetzeswerk<sup>409</sup> konzentrierte sich fast ausschließlich auf die Bekämpfung des Terrorismus ausgehend von der RAF. Es enthielt ein Zusammenspiel strafrechtlicher Regelungen, die sich auf allen Ebenen auswirkte und der Effektivierung der Terrorismusbekämpfung dienen sollte. Materiellrechtlich ist vor allem auf die Schaffung des § 129 a StGB zu verweisen. Dieser soll an späterer Stelle genauer untersucht werden.<sup>410</sup> Die hierin unter Strafe gestellte Bildung terroristischer Vereinigungen wird Auslöser für verschiedenste Kompetenzen der Exekutive

<sup>408</sup> Vgl. nur Schäfer, Karl (1988) Rn. 91; Vogel, Hans-Jochen S. 1220; Rieß, Peter, in: Löwe/Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO, Großkommentar, Band 1, Peter Rieß (Hrsg.) (De Gruyter, Berlin, 23. Auflage 1999) Einl. Abschn. E Rn. 119.

<sup>409</sup> BGBl. I 1976, 2181.

<sup>410</sup> Vgl. unten unter III.A.3.c).

zur Beschränkung der Beschuldigtenrechte. Dies lässt den Anlasscharakter der hierin vorgenommenen Änderungen klar hervortreten. Soweit der damalige Bundesminister der Justiz *Vogel* in dem Änderungsgesetz 1976 ein „geschlossenes Konzept“ sieht, welches nach seiner Ansicht kraft eines gemeinsamen parlamentarischen Vernunftaktes von Regierungsfractionen und Opposition nach einer einjährigen Diskussion verabschiedet wurde<sup>411</sup>, stellt dies wohl nur einen Teil des Meinungsspektrums dar. In der Lehre - nicht zuletzt durch *Rudolphi* - wird auch diesem Anti-Terror-Gesetz bereits im Vorfeld die „intensive Vorbereitung und kühle Diskussion des Für und Wider“ abgesprochen.<sup>412</sup> Vielmehr sei auch für das Änderungsgesetz 1976 das Folgende zu bemerken:

*„Kennzeichnend für sie [die zahlreichen Anti-Terror-Gesetze, die in den Jahren 1971 bis 1979 erlassen worden sind] ist vielmehr, dass sie jeweils anlässlich bestimmter Abscheu erregender Verbrechen oder neuerer als schockierend empfundenen Prozeß-Taktiken der Angeklagten und ihrer Verteidiger in einer hektischen und emotional aufgeladenen Atmosphäre außergewöhnlich schnell verabschiedet worden sind.“*<sup>413</sup>

#### (1) Haftgrund der Schwere des Deliktes, § 112 Abs. 3 StPO

Durch das Änderungsgesetz 1976 wurde § 112 Abs. 3 StPO um den Tatbestand des § 129 a StPO erweitert. Damit war nach der Vorstellung des Gesetzgebers für solche Beschuldigten, die der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung dringend verdächtig sind, die Anordnung von Untersuchungshaft ohne das Vorliegen eines besonderen Haftgrundes (wie z.B. Fluchtgefahr oder Verdunklungsgefahr) zulässig. Der Haftgrund der Schwere des Deliktes wurde damit erweitert. Ohne den Nachweis der Schuld, ohne die Gefahr des Verlustes wesentlicher Beweismittel oder die Möglichkeit der Flucht des Beschuldigten sollte demnach eine Freiheitsentziehung nach strengem Wortlaut des § 112 Abs. 3 StPO möglich sein.<sup>414</sup> Die Interpretation dieses allein an die Schwere des Deliktes geknüpften Haftgrundes ist im Lichte

---

<sup>411</sup> *Vogel*, Hans-Jochen

<sup>412</sup> *Rudolphi*, Hans-Joachim. Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus S. 1.

<sup>413</sup> Ebenda.

<sup>414</sup> Das BVerfG sieht den Wortlaut der Vorschrift allerdings flexibler, indem es in BVerfG 19, 342 = NJW 1966, 244 ausführt:

„Der neu eingeführte § 112 Abs. 4 StPO müßte dagegen rechtsstaatliche Bedenken erwecken, wenn er dahin auszulegen wäre, daß bei dringendem Verdacht eines der hier bezeichneten Verbrechen gegen das Leben die Untersuchungshaft ohne weiteres, d.h. ohne Prüfung weiterer Voraussetzungen, verhängt werden dürfte. Eine solche Auslegung wäre mit dem GG nicht vereinbar. Es kann schon zweifelhaft sein, ob sie dem Wortlaut der Bestimmung entspricht; denn dieser legt es nahe, der Vorschrift nur subsidiäre Geltung beizumessen, sie also nur anzuwenden, wenn zuvor das Vorliegen eines Haftgrundes nach Abs. 2 geprüft und verneint worden ist.“

der Prägung zu betrachten, die ihm das BVerfG in einer Entscheidung aus dem Jahre 1966 verliehen hat.<sup>415</sup> Das BVerfG legt der Anwendung des § 112 Abs. 3 StPO folgende Kriterien zugrunde:

*„Andererseits ist die volle Entziehung der persönlichen Freiheit durch Einschließung in eine Haftanstalt ein Übel, das im Rechtsstaat grundsätzlich nur dem zugefügt werden darf, der wegen einer gesetzlich mit Strafe bedrohten Handlung rechtskräftig verurteilt worden ist. [...] Dies ergibt sich auch aus der grundsätzlichen Unschuldsvermutung, die es ausschließt, auch bei noch so dringendem Tatverdacht gegen den Beschuldigten im Vorgriff auf die Strafe Maßregeln zu verhängen, die in ihrer Wirkung der Freiheitsstrafe gleichkommen. [...]*

*Die Untersuchungshaft darf niemals zwingend sein. Die Justizbehörde wird eine diesbezügliche Entscheidung unter Berücksichtigung aller Umstände des jeweiligen Falles treffen.*

*Die Untersuchungshaft muß als eine Ausnahmemäßnahme betrachtet werden.*

*Die Untersuchungshaft darf nur in solchen Fällen angeordnet und beibehalten werden, wo sie unbedingt notwendig erscheint. Sie darf auf keinen Fall als Strafmaßnahme Anwendung finden. [...]*

***Weder die Schwere der Verbrechen wider das Leben noch die Schwere der (noch nicht festgestellten) Schuld rechtfertigen für sich allein die Verhaftung des Beschuldigten; [...]. Es müssen vielmehr auch hier stets Umstände vorliegen, die die Gefahr begründen, daß ohne Festnahme des Beschuldigten die alsbaldige Aufklärung und Ahndung der Tat gefährdet sein könnte.**“ (Hervorhebung durch den Verfasser)<sup>416</sup>*

Nur in Anwendung dieser Auslegungskriterien verliert die an die bloße Schwere des Verbrechens geknüpfte Entbehrlichkeit eines besonderen Haftgrundes an Schrecken. Man mag sich fragen, warum sich der Gesetzgeber nicht nur für nicht verpflichtet hält, dieser Auslegung im Gesetzeswortlaut Ausdruck zu verleihen, sondern den Anwendungsbereich der Vorschrift durch das Änderungsgesetz 1976 sogar noch erweitert.

---

<sup>415</sup> BVerfG 19, 342 = NJW 1966, 243 (damals noch zu § 112 Abs. 4 StPO).

<sup>416</sup> Ebenda.

Mittlerweile wurde auch der im Jahre 2002 geschaffene § 129 b StGB in die abschließende Aufzählung der Katalogtaten des § 112 Abs. 3 StPO aufgenommen.

(2) Die Überwachung des schriftlichen Verteidigerverkehrs,  
§§ 148, 148 a StPO

(a) *Ausgestaltung der Überwachung*

§ 148 Abs. 1 StPO stellt in seiner noch heute seit der Verabschiedung des Änderungsgesetzes 1976 geltenden Fassung fest, was nach den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit und des fairen Verfahrens eine Selbstverständlichkeit ist:

*„Dem Beschuldigten ist, auch wenn er sich nicht auf freiem Fuß befindet, schriftlicher und mündlicher Verkehr mit dem Verteidiger gestattet.“*

Diese - mitunter als „obrigkeitsstaatlich formuliert“<sup>417</sup> kritisierte - Vorschrift, „gestattet“ die Ausübung eines Rechts, das zu den „Essentialien einer effektiven und ordnungsgemäßen Verteidigung schlechthin“<sup>418</sup> gehört. Im Lichte des Grundgesetzes ist festzustellen, dass es hierzu keiner Gestattung durch den einfachen Gesetzgeber bedarf. Die Wahrung des Vertrauensverhältnisses zwischen Verteidiger und Beschuldigten ist vielmehr unabdingbarer Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips.<sup>419</sup> Dies räumt auch der damalige Justizminister *Vogel* ein, indem er hervorhebt, dass die Strafprozessordnung in § 148 Abs. 1 garantiere, was bereits „aus der Subjektqualität des Beschuldigten“ an und für sich erwachse.<sup>420</sup>

§ 148 Abs. 2 StPO lautete in der durch das Änderungsgesetz 1976 verabschiedeten Fassung:

*„Befindet sich der Beschuldigte nicht auf freiem Fuß und ist Gegenstand des Verfahrens eine Straftat nach § 129 a des Strafgesetzbuches, sind Schriftstücke oder andere Gegenstände zurückzuweisen, sofern der Absender oder derjenige, der sie unmittelbar übergeben will, sich nicht damit einverstanden erklärt, dass sie zunächst einem Richter vorgelegt werden.“*

---

<sup>417</sup> *Lüderssen*, Klaus: *Jahn*, Matthias, in: Löwe/Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO, Großkommentar, Band 4, Volker Erb (Hrsg.) (De Gruyter, Berlin, 26., neu bearbeitete Auflage 2007) § 148 Rn. 5.

<sup>418</sup> *Rudolphi*, Hans-Joachim, Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus S. 8.

<sup>419</sup> BVerfG NJW 2004, 1305, 1307; 1309; vgl. *Ackermann*, Heinrich, in: Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des DJT 1860-1960, Bd. I S. 479, 488.

<sup>420</sup> *Vogel*, Hans-Jochen S. 1222.

(b) *Kritik an der Überwachung*

Die in Abs. 2 festgeschriebene Einschränkung des Rechts auf freien Schriftverkehr zwischen Verteidiger und Beschuldigtem, welche sich in Gestalt des später eingefügten § 148 Abs. 2 S. 3 StPO<sup>421</sup> durch die Errichtung von Trennscheiben zwischen Verteidiger und Beschuldigtem, auch auf den mündlichen Kontakt erstreckt, steht damit in einem vitalen Spannungsverhältnis zu dem grundrechtlich garantierten Recht auf ein faires Verfahren. § 148 Abs. 2 sieht in der heute sogar noch erweiterten Fassung die Kontrolle des zwischen dem Verteidiger und dem Beschuldigten stattfindenden Schriftverkehrs durch die staatliche Hand vor. Ein gem. § 148 a Abs. 2 StPO mit der Hauptverhandlung nicht befasster Richter, der insoweit umfassend zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, hat nach Anordnung der Überwachung den Schriftverkehr zu überprüfen. Ziel dieser Norm war es, die Absicht der Terroristen zu vereiteln, durch die Schaffung eines Informationssystems zwischen den inhaftierten Beschuldigten untereinander und mit der Außenwelt unter Zuhilfenahme ihrer Anwälte den Kampf gegen die Staats- und Gesellschaftsordnung aus dem Gefängnis fortzusetzen.

Die besondere Eingriffsintensität erlangt § 148 Abs. 2 StPO nicht zuletzt dadurch, dass die Kontrolle des Schriftverkehrs unabhängig von einem konkreten Verdacht erfolgt, dass der Verteidiger sich entsprechend des in § 148 Abs. 2 StPO manifestierten Generalverdachts instrumentalisieren lässt bzw. konspiriert.

*„§ 148 Abs. 2 StPO stellt vielmehr einen - den abstrakten Gefährdungsdelikten vergleichbaren - abstrakten Verdachtstatbestand dar. Der Gesetzgeber unterwirft den schriftlichen Verkehr zwischen bestimmten inhaftierten Beschuldigten und ihren Verteidigern schon deshalb einer ausnahmslosen Kontrolle, weil er glaubt, dass in diesen Fällen nach der allgemeinen Lebenserfahrung generell die Gefahr des Missbrauchs bestehe.“<sup>422</sup>*

Bereits die systematischen Herabsetzungen der Verdachtsschwellen beim Verteidigerausschluss in Verfahren nach § 129 a und b StPO begegnen Bedenken.<sup>423</sup> Ein Eingriff in Gestalt des § 148 Abs. 2 StPO kommt indes einem Ausschluss der Wahlverteidigung gleich, indem er dem Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und

<sup>421</sup> „Ist der schriftliche Verkehr nach Satz 1 zu überwachen, sind für Gespräche mit Verteidigern Vorrichtungen vorzusehen, die die Übergabe von Schriftstücken und anderen Gegenständen ausschließen.“

<sup>422</sup> *Rudolph*, Hans-Joachim, Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus S. 8.

<sup>423</sup> Vgl. oben unter III.A.2.c)(1).

Mandanten ohne einen konkreten Anhaltspunkt für einen Missbrauch den Boden entzieht. Teilweise wird mit guten Argumenten vertreten, die Überwachung gehe in ihrer Intensität sogar über den Ausschluss hinaus, da der Beschuldigte beim Ausschluss einen anderen vollwertigen Verteidiger wählen kann, wobei § 148 Abs. 2 StPO zu einer Art „diktierten Halb-Verteidigung“ zwingt.<sup>424</sup> Ob der Beschuldigte den Verteidiger seines Vertrauens aufgrund Ausschlusses nach § 138 a ff StPO nicht frei wählen kann oder dem Verteidiger seines Vertrauens nicht mehr rückhaltlos sämtliche für eine effektive Verteidigung notwendigen Mitteilungen machen kann macht keinen Unterschied. Die Eingriffsintensität ist vergleichbar. Es ist daher nicht zu rechtfertigen, dass die Kontrolle des schriftlichen Verkehrs verdachtsunabhängig angeordnet werden soll.

*Dahs* vertritt insoweit die Auffassung, die Kontrolle des Schriftverkehrs führe gerade in Verfahren mit dem Vorwurf des § 129 a StPO notwendig zu einem Stillstand der effektiven Verteidigung.<sup>425</sup> Detaillierte Stellungnahmen zur eigenen Tatbeteiligung seien gerade in diesen Verfahren aufgrund ihres Umfangs für eine effektive und damit rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Verteidigung unabdingbar, würden jedoch durch diese Fassung des § 148 Abs. 2 StPO unmöglich gemacht.<sup>426</sup> Er hebt in der Folge hervor, warum das rechts- und kriminalpolitische Ziel der Überwachung durch eine solche Regelung jedoch niemals erreicht werden kann. Tatsächlich kriminelle und konspirative Verteidiger und ihre Mandanten würden Mittel und Wege finden, die Art von Schriftverkehr zu führen, die § 148 Abs. 2 StPO unterbinden will. Mittels extremer Steigerung der Masse des Schriftverkehrs, der Vereinbarung von Codes sowie des Ausweichens auf reguläre Besuche, sei es ein Leichtes für tatsächlich kriminelle Verteidiger Kasser und Ähnliches kursieren zu lassen. So würde es den Richtern, die zur Sichtung des Schriftverkehrs eigens ausgebildet werden müssten, unmöglich gemacht, den Zweck der Überwachung tatsächlich effektiv auszufüllen.<sup>427</sup> Die Vorschrift des § 148 StPO werde damit ad absurdum geführt. § 148 Abs. 2 StPO treffe nicht etwa die konspirierenden Verteidiger, sondern die seriöse und rechtschaffene Anwaltschaft:

*„Getroffen werden soll durch die Vorschrift des § 148 Abs. 2 der konspirierende Verteidiger, tatsächlich getroffen wird der korrekte Verteidiger. Es ist eine Illusion zu glauben, dass bei dem vorgesehenen Überwachungssystem wirklich nur die nachweislich konspirativen*

<sup>424</sup> *Dahs*, Hans, Das „Anti-Terroristen-Gesetz.“ - eine Niederlage des Rechtsstaats, NJW 1976, 2145, 2151.

<sup>425</sup> Ebenda.

<sup>426</sup> Ebenda.

<sup>427</sup> Ebenda.

*Schriftstücke angehalten werden. Aber auch der unter dem Schutz der Unschuldsvermutung stehende Beschuldigte wird durch die Überwachung viel härter beeinträchtigt als durch die Ausschließung eines tatsächlich konspirierenden Verteidigers.*<sup>428</sup>

Der Gesetzgeber nimmt naturgemäß eine andere Position ein. Er ist der Auffassung, Abs. 2 sei ein probates Mittel, den gravierenden Gefahren zu begegnen, die sich aus Kontakten inhaftierter Angehöriger einer terroristischen Organisation mit ihren Komplizen in Freiheit ergeben.<sup>429</sup>

*(c) Exkurs: Überwachung der mündlichen Kommunikation mit dem Verteidiger*

Um dieser Gefahr zu begegnen, fasste der Gesetzgeber zunächst sogar einen Abs. 3 ins Auge, nach dem auch der mündliche Kontakt bei Besuchen des Verteidigers bzw. dessen Unterbevollmächtigten mit dem Beschuldigten überwacht werden sollte.<sup>430</sup> Dies wurde letztlich erst nach dem StPO-Änderungsgesetz 1978 in § 148 Abs. 2 S. 3 StPO umgesetzt. Hiernach wird der mündliche Kontakt bei Verteidigerbesuchen nur insoweit beeinträchtigt, als Trennscheiben bei Besuchen eingerichtet werden mussten, damit eine Übergabe von nicht kontrollierten Schriftstücken unterbleibt. Nach Auffassung *Vogels* ist diese Regelung als ausgewogen und verfassungsmäßig zu erachten.<sup>431</sup> Er sieht in dem Urteil des BVerfG infolge der Verfassungsbeschwerde des Verteidigers *Croissants* gegen seinen Ausschluss im Verfahren gegen *Baader* und *Ensslin* eine inzidente Bestätigung der Verfassungsmäßigkeit des § 148 StPO.<sup>432</sup> Allein aus der Lektüre der Entscheidung lässt sich diese Folgerung zwar nicht nachvollziehen. Dennoch wird heutzutage davon auszugehen sein, dass das BVerfG an der Verfassungsgemäßheit dieser Norm keine ernstlichen Zweifel mehr hegt.<sup>433</sup>

**e) Das Kontaktsperregesetz**

---

<sup>428</sup> Ebenda.

<sup>429</sup> BT-Drucks. 7/4005 S.12.

<sup>430</sup> BT-Drucks. 7/4005 S. 4.

<sup>431</sup> Vgl. unten unter III. A. 2. f).

<sup>432</sup> *Vogel*, Hans-Jochen S. 1222, der auf BVerfGE 39, 238 (245) verweist.

<sup>433</sup> Vgl. BVerfG, 13.10.2009 - 2 BvR 256/09.

## (1) Einleitenden Bemerkungen

Anlass für die Verabschiedung des Kontaktsperregesetzes war die Entführung des Arbeitsgeberpräsidenten *Schleyer* Anfang September 1977. Im selben Jahr waren bereits der Generalbundesanwalt *Buback* sowie der Bankier *Ponto* ermordet worden. Bereits bei diesen Taten erhärtete sich zunehmend der Verdacht, dass sie von den in Stammheim inhaftierten Köpfen der RAF entwickelt und geleitet wurden. Um diesen „Informationsfluss von hohem Entwicklungsstand“<sup>434</sup>, der - so der immer wieder geäußerte Verdacht - nicht zuletzt durch die Anwälte der Häftlinge als Informationsmittler möglich gemacht wurde,<sup>435</sup> zu unterbrechen und ihren gefahrerhöhenden Charakter zu nehmen, ordnete der Justizminister des Landes Baden-Württemberg am 09.09.1977 eine auf § 34 StGB gestützte Kontaktsperre an. Der BGH billigte dieses Vorgehen am 23.09.1977 mit dem berühmten Kontaktsperrebeschluss.<sup>436</sup> Das BVerfG lehnte einstweiligen Rechtsschutz gegen die Kontaktsperre ab.<sup>437</sup> Um den Vorbehalt des Gesetzes zu wahren, verabschiedete das Parlament das Kontaktsperregesetz. Es wurde in nur zwei Tagen durch den Bundestag gebracht und beanspruchte ab dem 30.09.1977 Geltung.<sup>438</sup> Das BVerfG bestätigte die Verfassungsmäßigkeit der in den §§ 31 bis 38 EGGVG normierten Kontaktsperre.<sup>439</sup> Die Ermordung *Schleyers* konnte durch die Einrichtung der Kontaktsperre nicht verhindert werden. Der Forderung der Terroristen, andere der RAF zugehörige Strafgefangene freizulassen, wurde nicht Folge geleistet.

Im Folgenden soll diese außergewöhnliche Entwicklung eine kurze Nachzeichnung erfahren und in groben Zügen in den Kontext der verfassungsrechtlichen Problematik gestellt werden. Es fragt sich, inwieweit das in § 148 StPO normierte „im Kern unumstrittene“<sup>440</sup> Recht des Beschuldigten durch die §§ 31 ff. EGGVG verfassungsgemäß eingeschränkt werden konnte. Der damalige Justizminister *Vogel* war der Auffassung, dass der uneingeschränkte Kontakt zwischen Verteidiger und Beschuldigtem zu den essentiellen Beschuldigtenrechten gehörte.<sup>441</sup> Dennoch spricht er ihnen dieses Recht für einen gewissen Zeitraum durch die Kontaktsperre

---

<sup>434</sup> *Schäfer*, Karl (1988) Rn. 93.

<sup>435</sup> Vgl. *Schäfer*, Karl (1988) Rn. 93, *Aust*, Stefan S. 322; *Aust*, Stefan; *Büchel*, Helmar, in: *DER SPIEGEL*, RAF-Serie (I) Der letzte Akt der Rebellion, 37/2007, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-52909294.html> (zuletzt besucht am 5.8.2013).

<sup>436</sup> BGH 27, 260 = NJW 1977, 2172.

<sup>437</sup> BVerfGE 46, 1 = NJW 1977, 2157.

<sup>438</sup> BGBl. I 1977, 1877.

<sup>439</sup> BVerfGE 49, 24 = NJW 1978, 2235.

<sup>440</sup> *Laufhütte*, Heinrich § 148 Rn. 1.

<sup>441</sup> *Vogel*, Hans-Jochen S. 1222.

ab. Es fragt sich, was im Laufe der Entführung *Schleiers* dafür gesorgt hat, dass die in Stammheim Inhaftierten diese Rechte eingebüßt haben.

(2) Der Kontaktsperrebeschluss des BGH vom 23. September 1977

(a) *Hintergrund und Inhalt des Kontaktsperrebeschlusses*

Der Kontaktsperrebeschluss des BGH hatte die Überprüfung der auf § 34 StGB gestützten Anordnung der Kontaktsperre zwischen RAF Häftlingen und deren Verteidiger durch die Justizminister der Bundesländer zum Gegenstand. Der Ermittlungsrichter des BGH hatte zuvor durch Beschluss gem. § 119 StPO eine Reihe von Maßnahmen gegen die Beschuldigten angeordnet. Er folgte jedoch nicht dem Antrag der Bundesanwaltschaft, die Verteidigerbesuche einzuschränken. Dagegen legte der damalige Generalbundesanwalt *Rebmann* Beschwerde vor dem BGH ein. Dieser entschied daraufhin, dass die Anordnung der Kontaktsperre gegen den § 148 Abs. 1 StPO verstoße. Dieser Verstoß sei jedoch unter dem Gesichtspunkt des in § 34 StGB normierten Notstandes - vor der Kodifizierung als übergesetzlicher Notstand anerkannt - gerechtfertigt. Voraussetzung dafür sei „das Vorliegen einer Gefahr für ein höheres Rechtsgut.“<sup>442</sup> Das menschliche Leben - namentlich das Leben *Schleiers* - sei als solches anzuerkennen. *Rebmann* habe hinreichend plausibel die Gefahr dargelegt, die von dem Verkehr der Beschuldigten mit ihren Verteidigern für das Entführungsoffer ausgehe. Der BGH sei sich darüber im Klaren, dass der in dem Kontaktsperrebeschluss liegende Vorwurf gegenüber der gesamten Anwaltschaft tatsächlich nur in dem Verhalten einiger weniger Mitglieder des Standes begründet ist.

*„Im Bereich des Terrorismus lehrt indes die Erfahrung der letzten Jahre, daß auch gegenüber Angehörigen der Anwaltschaft Vorsicht geboten ist. [...] Die zu treffende Entscheidung ist notwendigerweise generalisierend. Anders könnte der Dringlichkeit der Maßnahme nicht ausreichend Rechnung getragen werden. Die Generalisierung liegt im Übrigen im wohlverstandenen Interesse der betroffenen Verteidiger. Denn sie führt dazu, daß mit der getroffenen Maßnahme kein persönliches Werturteil verbunden ist. [...]*

---

<sup>442</sup> BGH NJW 1977, 2172.

*Nach alledem ist die Verletzung des § 148 StPO im vorliegenden Fall im Hinblick auf ein zu schützendes höherwertiges Rechtsgut erlaubt und geboten.*<sup>443</sup>

Abschließend weist der BGH darauf hin, dass es sich bei der Kontaktsperre um einen zeitlich begrenzten Zustand handeln muss, da es den betroffenen Beschuldigten nunmehr völlig an Rechtsbeistand mangle. Eine ständige Überprüfung der Voraussetzungen der Kontaktsperre sei daher geboten.<sup>444</sup>

In diesem nur wenige Seiten umfassenden Beschluss erkennt der BGH demnach das Handeln der Exekutive, die Kommunikation der in Straf- und Untersuchungshaft sitzenden Mitglieder der RAF mit der gesamten Außenwelt und untereinander zu unterbinden, unter dem Gesichtspunkt des Notstandes als gerechtfertigt an. Der BGH hält sich dabei nur oberflächlich daran, die Voraussetzungen des § 34 StGB als erfüllt darzulegen. Er weist zum einen - unter Zitierung der Ausführungen des Generalbundesanwaltes - auf den gefahrerhöhenden Einfluss der Verteidiger im Fall *Schleyer* hin. Zum anderen hebt er die Stellung des menschlichen Lebens als besonders schützenswertes Rechtsgut hervor. Unter diesem Gesichtspunkt sei die Inkaufnahme des Rechtsbruches an anderer Stelle hinnehmbar.

Bestätigt wird diese Entscheidung des BGH im Ergebnis durch ablehnenden Beschluss des BVerfG auf das Gesuch der betroffenen Verteidiger nach einstweiligen Rechtsschutzes gem. § 32 BVerfGG. Ohne die materiellrechtlichen Voraussetzungen des § 34 StGB zu prüfen, nimmt das BVerfG im Rahmen des § 32 BVerfGG lediglich eine Folgenbetrachtung vor.

*„Vielmehr sind nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG grundsätzlich allein die Folgen abzuwägen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, der Antrag in der Hauptsache aber Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, dem Antrag in der Hauptsache aber der Erfolg zu versagen wäre.“*<sup>445</sup>

Vor diesem Hintergrund wird die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes versagt, da der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung „offensichtlich unbegründet“ sei.<sup>446</sup> Die Ausführungen des BGH finden sich nur insoweit in denen des BVerfG wieder, als auch hier

---

<sup>443</sup> Ebenda.

<sup>444</sup> Ebenda.

<sup>445</sup> BVerfG NJW 1977, 2157.

<sup>446</sup> Ebenda.

die Priorität des menschlichen Lebens als eines der höchsten zu schützenden Rechtsgüter hervorgehoben wird. Verteidigerbesuche könnten nach Auffassung des BVerfG die Bemühungen der Strafverfolgungsbehörden, im Fall *Schleyer* eine schnelle Lösung herbeizuführen, torpedieren. Diese Gefahr sei im Vergleich zu der zeitweise angeordneten Kontaktsperre und damit im Vergleich zu dem Verstoß des § 148 Abs. 1 StPO als in jeder Hinsicht überwiegend anzusehen. Die Folgenabwägung fiele damit zugunsten der Kontaktsperre aus.<sup>447</sup>

(b) *Kritik am Kontaktsperrebeschluss*

In ihrer allein auf § 34 StGB gestützten Form, begegnete die Kontaktsperre schon kurz nach der höchstrichterlichen Bestätigung erheblichen Bedenken. Dabei erkannten auch heftige Kritiker die moralische Rechtfertigung der Kontaktsperre vorbehaltlos an.<sup>448</sup> Die verfassungsrechtlichen Bedenken konnten dabei allerdings nur schwer außer Acht gelassen werden.

*Amelung* stellt fest, dass die verfassungsrechtlichen Folgen dieses „gesetzesdurchbrechenden Staatsnotrechts“ in seinen Folgewirkungen für die Rechtsstaatlichkeit kaum abschätzbar seien.<sup>449</sup> Dies stützt er nicht zuletzt darauf, dass es grundsätzlich nicht möglich sei, öffentlich-rechtliche Eingriffsnormen durch allgemeine Rechtfertigungsgründe wie die §§ 32, 34 StGB zu ergänzen.<sup>450</sup> Ungeachtet dessen führt er weiter aus, dass es selbst im Falle der dogmatischen Zulässigkeit einer solchen Umfunktionierung des § 34 StGB der speziellere § 148 Abs. 1 StPO entgegenstünde.<sup>451</sup> Weiterhin kritisiert er die im Folgenden nur lückenhaft vorgenommene Subsumtion unter die Voraussetzungen des § 34 StGB durch den BGH. Insbesondere die Frage nach der Erforderlichkeit werde von dem BGH erst gar nicht aufgeworfen. Dies sei darin begründet, dass sich der BGH dabei mit der Diskussion des „politischen Alternativkonzepts“<sup>452</sup> hätte befassen müssen. Insbesondere die Frage nach der Bestellung unverdächtiger Pflichtverteidiger wie auch die Freilassung der Häftlinge entsprechend der Forderung der Entführer *Schleiers* hätten damit diskutiert werden müssen.

---

<sup>447</sup> Ebenda.

<sup>448</sup> *Amelung*, Knut, Nochmals: § 34 StGB als öffentlichrechtliche Eingriffsnorm, NJW 1978, 623-624.

<sup>449</sup> Ebenda.

<sup>450</sup> Ebenda.

<sup>451</sup> *Amelung*, Knut S. 625.

<sup>452</sup> *Amelung*, Knut S. 624.

Infolgedessen hätte der BGH zugeben müssen, dass es sich in seinem Kontaktsperrebeschluss um eine zutiefst politische Entscheidung gehandelt habe.<sup>453</sup>

*„Die unkorrekte Anwendung des § 34 StGB verschleiern also, dass der Eingriff gar nicht allein durch das Interesse am Leben des Entführten, sondern nur mit Hilfe zusätzlicher Erwägungen der **Staatsraison** zu legitimieren war.“ (Hervorhebung durch den Verfasser)<sup>454</sup>*

*Schwabe* bemüht sich hingegen darum, diese Erweiterung staatlicher Befugnisse mittels einer Herleitung aus der die staatshafungsrechtliche Zurechnungslehre zu begründen.<sup>455</sup>

In einem Beitrag, der nicht die Kontaktsperre zum Gegenstand hatte und Jahre zuvor auf die Erweiterung der Eingriffskompetenzen in der StPO bezogen war, sah *Vogel* in der abgeschlossenen und speziellen Regelungsmaterie der StPO das Bedürfnis begründet, weitere Ermächtigungsgrundlagen zu schaffen. Er führte hierzu aus:

*„Anders als das Polizeirecht enthält das Strafrecht **keine Generalklausel** [...] Insofern als Ausführungsgesetz zum Grundgesetz interpretierbar hat die StPO ein namentlich nach Voraussetzung und Anwendungskompetenz hochdifferenziertes System von Eingriffsermächtigungen [...] Die Stärke dieses Systems von Einzelermächtigungen liegt in seiner betonten Rechtsstaatlichkeit; **Lücken im Eingriffssystem, ob gewollt oder ungewollt, machen den Eingriff unzulässig.** [...] Die Kritik [...] verkennt weitgehend, dass gerade diese betonte und im internationalen Rechtsvergleich kaum überbotene Rechtsstaatlichkeit der StPO das Bedürfnis nach punktueller und abgewogener Erweiterung ausgelöst hat.“ (Hervorhebung durch den Verfasser)<sup>456</sup>*

Bei strikter Befolgung dieser Ausführungen, müsste man die auf § 34 StGB gestützte Kontaktsperre als unzulässigen Eingriff bewerten.

Nach Auffassung *Langes* ist es hingegen stets geboten, sich angesichts der gravierenden terroristischen Gefahren, den Rückgriff auf den (früher: übergesetzlichen) Notstand nach § 34

---

<sup>453</sup> Ebenda.

<sup>454</sup> Ebenda.

<sup>455</sup> *Schwabe*, Jürgen, Zur Geltung von Rechtfertigungsgründen des StGB für Hoheitshandeln, in: NJW 1977, 1902.

<sup>456</sup> *Vogel*, Hans-Jochen S. 1225/1226.

StGB offenzuhalten.<sup>457</sup> Das BVerfG habe in seiner Bestätigung des Kontaktsperrebeschlusses dargetan, dass eine Begründung einer Eingriffsermächtigung über § 34 StGB dogmatisch nicht nur haltbar, sondern geboten sei. § 34 StGB könne daher eine öffentliche Eingriffsermächtigung darstellen.<sup>458</sup> Allein die Tatsache, dass es sich um eine Norm des Strafrechts handle, könne dies nicht widerlegen. Materielles Strafrecht und Eingriffsbefugnisse nach dem öffentlichen Recht seien nicht voneinander zu trennen, sondern ergänzten sich.<sup>459</sup> Dies zeige schon die Anwendung des § 34 StGB im Rahmen des Schwangerschaftsabbruchs.<sup>460</sup>

*„In der Materie der Schwangerschaftsunterbrechung haben wir einen festumrissenen Tatbestand, eine lange Tradition, in der Rechtsprechung und Wissenschaft die Maßstäbe der Rechtfertigung schufen, und jetzt, auf diese gegründet, ein beispiellos engmaschiges Netz spezieller gesetzlicher Rechtfertigungsgründe.“<sup>461</sup>*

Lange möchte sich nicht damit abfinden, dass schlicht keine konkrete Eingriffsermächtigung für die zur Abwendung der Gefahren seiner Ansicht nach notwendigen Handlungen gegeben war.<sup>462</sup>

### (c) Stellungnahme

Selbst wenn man mit Lange § 34 StGB als Notstandsgeneralklausel für staatliche Eingriffe in grundrechtliche Positionen in äußersten Ausnahmen zulässt, bestehen im Fall der Kontaktsperre an der rechtlichlichen Zulässigkeit, wie auch hinsichtlich der rechtspolitischen Zweckmäßigkeit jedenfalls ex post erhebliche Zweifel.

Die Erweiterung staatlicher Eingriffsbefugnisse muss nicht immer zu einer Erhöhung der Wahrscheinlichkeit des Ermittlungserfolges führen. Besonders schmerzhaft wird es für den Rechtsstaat, wenn anlässlich eines akuten Bedrohungsszenarios rechtsstaatliche Grundsätze vernachlässigt werden, indem entgegen dem Vorbehalt des Gesetzes eine Eingriffsermächtigung konstruiert wird, die das angestrebte Ziel in der Folge nicht erreicht, es

---

<sup>457</sup> Lange, Richard, Terrorismus kein Notstandsfall? - Zur Anwendung des StGB § 34 im öffentlichen Recht. in: NJW 1978, 786.

<sup>458</sup> Lange, Richard, S 784.

<sup>459</sup> Ebenda.

<sup>460</sup> Ebenda.

<sup>461</sup> Lange, Richard S. 786.

<sup>462</sup> Lange, Richard S. 785.

vielleicht sogar nie erreichen konnte. So lag es bei der Kontaktsperre: *Schleyer* wurde nicht gerettet. Es besteht kein Hinweis darauf, dass er ohne die auch retrospektiv nicht in Betracht kommende Freilassung der RAF Häftlinge hätte gerettet werden können. Der Kontaktsperrebeschluss des BGH und die Aufrechterhaltung desselben durch das BVerfG werden damit durch keinen kriminalistischen Erfolg gestützt. Die Erfahrungen mit den RAF Häftlingen in Stammheim haben gezeigt, dass es kaum möglich ist, eine vollständige Abschottung und Isolation herbeizuführen.<sup>463</sup> Es bestehen damit bereits begründete Zweifel daran, ob die Kontaktsperre überhaupt geeignet war, das ermittlerische Ziel zu erfüllen. Angesichts dieser Unsicherheit kann die Kontaktsperre angesichts ihrer Eingriffsintensität jedenfalls im Verhältnis zu den niedrigen Erfolgchancen dieses Mittels juristisch nicht gerechtfertigt erscheinen. Es bleibt damit bei der moralischen Rechtfertigung des Kontaktsperrebeschlusses.

### (3) Die §§ 31 bis 38 EGGVG

In den §§ 31 bis 38 EGGVG wurde die Kontaktsperre in atemberaubender Geschwindigkeit gesetzlich geregelt. Sie wurden eingefügt durch das Gesetz zur Änderung des EGGVG vom 30. 9. 1977.<sup>464</sup> Der Initiativgesetzentwurf aller Fraktionen datiert vom 28. 9. 1977.<sup>465</sup> Verabschiedet wurde das Kontaktsperregesetz am 29.9.1977.<sup>466</sup> Am 30.9.1977 stimmte der Bundesrat zu. Verkündet wurde es am 01.10.1977, um tags darauf in Kraft zu treten.

Die §§ 31 ff. EGGVG hatten im Wesentlichen den Inhalt des Kontaktsperregesetzes zum Inhalt. In amtlicher Verwahrung Befindliche dürfen damit von jedem Kontakt zur Außenwelt abgeschnitten werden. Dies ist für einen genau umschriebenen Personenkreis unter festgelegten Kriterien dann zulässig, wenn bei einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person, bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass die Gefahr von einer terroristischen Vereinigung ausgeht und die Kontaktsperre zur Abwehr dieser Gefahr geboten ist.<sup>467</sup> Es werden die Möglichkeiten geregelt, in einer in § 31 S. 1 EGGVG näher bezeichneten Sondersituationen die Kontaktsperre anzuordnen. Diese Regelung ist eine abschließende Spezialvorschrift gegenüber anderen einschlägigen Regelungen. Damit ist keine

---

<sup>463</sup> *Aust*, Stefan S. 536 ff.; *Peters*, Butz S. 144 ff.

<sup>464</sup> BGBl. I S. 1877, in Kraft getreten am 2. 10. 1977.

<sup>465</sup> BT-Drucks. 8/935.

<sup>466</sup> Prot. S. 3366 ff.

<sup>467</sup> *Schorrit*, Armin, *Karlsruher Kommentar zur StPO*, Rolf Hannich (Hrsg.) (C.H. Beck, München, 6. Auflage 2008) § 31 EGGVG Rn. 1.

weitergehende Eingriffsbefugnis und kein weitergehender Rückgriff auf § 34 StGB zulässig.<sup>468</sup>

Voraussetzung für die Anordnung einer Kontaktsperre sind nach § 31 EGGVG erstens eine gegenwärtige Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit einer Person. Zweitens muss diese Gefahr von einer terroristischen Vereinigung ausgehen. Was unter einer terroristischen Vereinigung zu verstehen ist, ergibt sich aus § 129 a und b StGB.<sup>469</sup> Es genügt dabei der Verdacht, dass eine terroristische Vereinigung in diesem Sinne besteht, wenn weiter der Verdacht besteht, dass die Gefahr von dieser ausgeht.<sup>470</sup> Drittens muss es zur Abwehr dieser Gefahr geboten sein, die Kontaktsperre anzuordnen. Die Feststellung der Kontaktsperre dient allein der Abwehr der Gefahr. Damit muss sie auch zur Abwehr dieser Gefahr geeignet sein.<sup>471</sup> Viertens geschieht die Feststellung des Gebotenseins der Kontaktsperre nach pflichtgemäßem Ermessen. Das Vorliegen der Voraussetzungen für die Anordnung der Kontaktsperre bleibt gerichtlich voll überprüfbar.<sup>472</sup> In § 33 EGGVG wird die nach § 32 EGGVG zuständige Landesregierung bzw. die oberste Landesbehörde dazu ermächtigt, alle Maßnahmen zu treffen, die zur Unterbrechung der Verbindung erforderlich sind. Nach § 34 EGGVG besteht die Kontaktsperre nur so lange fort, wie auch die nach § 31 S. 1 EGGVG vorgegebene Situation Bestand hat. Ihre Wirkungen entfallen nach § 35 EGGVG ebenfalls, wenn die Kontaktsperre keine gerichtliche Bestätigung erfährt.

In diesen Vorschriften findet die von der Exekutive zur Zeit der Entführung *Schleiers* geforderte Unterbrechung des Kontaktes der RAF Häftlinge mit der gesamten Außenwelt ihre wünschenswerte Kodifizierung. Wird die Kontaktsperre in dem Kontaktsperrebeschluss noch überaus schwammig auf den allgemeinen § 34 StGB gestützt, findet sie hier eine dezidierte gesetzliche Grundlage, welche in ihrer Eingriffsintensität dem Kontaktsperrebeschluss zwar de facto in nichts nachsteht. De jure handelt es sich jedoch immerhin um ein klar formuliertes Gesetzeswerk, das dem Vorbehalt des Gesetzes zumindest insoweit genügt, als es die überwältigende Mehrheit des Parlaments (fraktionsübergreifend) auf seiner Seite hatte, auch wenn die parlamentarische Diskussion bei dem in wenigen Tagen beschlossenen Gesetzesentwurf kaum möglich war. Nach Inkrafttreten des Kontaktsperregesetzes legte

---

<sup>468</sup> *Vogel*, Hans-Jochen S.1217, 1223; *Schmitt*, Bertram, in: Meyer-Goßner, Strafprozessordnung (C.H. Beck, München, 55., neu bearbeitete Auflage 2012) vor § 31 EGGVG Rn. 2.

<sup>469</sup> Vgl. unten unter III.A.3; III.B.1.b).

<sup>470</sup> *Schoreit*, Armin Rn. 9.

<sup>471</sup> *Schoreit*, Armin Rn. 11.

<sup>472</sup> *Schoreit*, Armin Rn. 12.

Bundesjustizminister *Vogel* die Kontaktsperre für die RAF Häftlinge fest. Diese Anordnung wurde gem. § 35 EGGVG durch den BGH bestätigt.<sup>473</sup>

#### (4) Überprüfung durch das BVerfG

Das BVerfG erklärte das Kontaktsperregesetz auf die Verfassungsbeschwerde der Betroffenen mit Beschluss vom 1.8.1978 einstimmig für verfassungsgemäß.<sup>474</sup> Die Entscheidung legt dar, dass durch die Kontaktsperre zwar gewichtige grundrechtliche Interessen der Beschwerdeführer einschneidend beeinträchtigt werden könnten. Das BVerfG nennt in diesem Zusammenhang eine Reihe kollidierender Individualrechtsgüter der Inhaftierten, welche in einem für Untersuchungshäftlinge über das in § 119 Abs. 3 StPO vorgesehen Maße hinaus durch die Anordnung der Kontaktsperre betroffen seien. Dazu gehörten nicht nur die klassischen Beschuldigtenrechte, einen Verteidiger konsultieren zu könnten.<sup>475</sup>

*„In diesem von der Verfassung und den Gesetzen gezogenen Rahmen verbleibt den Gefangenen insbesondere das verfassungsrechtlich verbürgte Recht, Kontakt zu anderen Gefangenen und zur Außenwelt - einschließlich ihrer Familienangehörigen - aufzunehmen und zu pflegen (Art. 2 I, 6 I GG), ihre Meinung frei zu äußern (Art. 5 I 1 GG), sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten (Art. 5 I 1 GG) und sich einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständigen Stellen und an die Volksvertretung zu wenden (Art. 17 GG). Die Ausübung dieser Rechte kann durch die zeitweilige Kontaktsperre erheblich beeinträchtigt werden.“<sup>476</sup>*

Auch Art. 3 Abs. 1 GG sieht das BVerfG in einem Spannungsverhältnis mit den §§ 31 ff. EGGVG.

Dieses Bündel an schutzwürdigen Rechten der Betroffenen Inhaftierten sei jedoch - auch wenn sie nach dem Wortlaut des Grundgesetzes nicht einschränkbar seien - keineswegs ohne Einschränkungsmöglichkeit gewährleistet. Der Verfassung als „Sinnganzes“ seien vielmehr

---

<sup>473</sup> BGH NJW 1977, 2173.

<sup>474</sup> BVerfG NJW 1978, 2235 ff.

<sup>475</sup> BVerfG NJW 1978, 2236.

<sup>476</sup> Ebenda.

grenzenlos gewährleistete Rechte fremd.<sup>477</sup> Das BVerfG stellt vielmehr fest, dass das menschliche Leben und dessen Schutz einen Höchstwert in der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik darstellten. Es sei daher auch nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber in Ausübung seiner Einschätzungsprärogative dem Recht des gefährdeten Entführungsoپfers *Schleyer* in der Form des Kontaktsperregesetzes den Vorrang gewähre.<sup>478</sup>

*„Diese Annahme, die der besonderen Bedeutung der Grundrechte aus Art. 2 II 1. 2 GG im System der grundgesetzlichen Wertordnung Rechnung trägt, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Es wäre eine Sinnverkehrung des Grundgesetzes, wollte man dem Staat verbieten, terroristischen Bestrebungen, die erklärtermaßen die Zerstörung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zum Ziel haben und die planmäßige Vernichtung von Menschenleben als Mittel zur Verwirklichung dieses Vorhabens einsetzen, mit den erforderlichen rechtsstaatlichen Mitteln wirksam entgegenzutreten. Die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung sind Verfassungswerte, die mit anderen im gleichen Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet.“<sup>479</sup>*

Anders als in seinem Beschluss vom 4.10.1977 stellte das BVerfG in diesem Falle auch Überlegungen zu der Frage der Erforderlichkeit der Regelung an und kommt zu dem Ergebnis, dass ein gleich wirksames milderes Mittel zur Durchsetzung des gesetzgeberischen Zieles - wie z.B. die obligatorische ständige Überwachung des Verteidigerverkehrs - nicht ersichtlich sei.<sup>480</sup> Vielmehr habe der Gesetzgeber von der Gefährdung strafverfolgungsbehördlicher Maßnahmen bei der Auflösung des Entführungsfalles *Schleyer* durch die Verteidiger der RAF Häftlinge in Anbetracht der jüngeren und jüngsten Erfahrungen ausgehen dürfen.<sup>481</sup> Für die Einhaltung des Übermaßverbotes spreche überdies insbesondere die abschließende Regelung der engen Voraussetzungen unter denen nach § 31

---

<sup>477</sup> BVerfG NJW 1978, 2237.

<sup>478</sup> Ebenda.

<sup>479</sup> Ebenda.

<sup>480</sup> BVerfG NJW 1978, 2238.

<sup>481</sup> Ebenda

EGGVG die Kontaktsperre verhängt werden könne, wie auch die zeitliche Begrenzung der Maßnahme.<sup>482</sup>

Insgesamt stellt das BVerfG infolge einer umfassenden Güterabwägung die Verfassungsmäßigkeit des Kontaktsperregesetzes fest. Die Verfassungsbeschwerden dreier Beschwerdeführer aus der Anwaltschaft wies es als unzulässig ab, da diese keine mögliche Grundrechtsverletzung geltend machen könnten. Es fehle den Maßnahmen an der objektiven berufsregelnden Tendenz.<sup>483</sup>

Mit der Verfassungsmäßigkeit der Anordnung der Kontaktsperre auf Grundlage des § 34 StGB hatte sich das BVerfG nicht mehr zu befassen.

Die EKMR wies eine Beschwerde gegen die Entscheidung des BVerfG als offensichtlich unbegründet ab.<sup>484</sup>

Nachdem das Kontaktsperregesetz in ein detailliertes Regelungswerk gegossen war, verlor es an rechtspolitischer Brisanz. Dazu trug bei, dass die Anordnung der Kontaktsperre zur Zeit der Entführung *Schleyers* die einzige in der Geschichte der Bundesrepublik blieb. Das Kontaktsperregesetz wird als ein beispielhaftes Vorgehen einer wehrhaften Demokratie gesehen.

*„Nach Zustandekommen und Inhalt erscheint das Kontaktsperregesetz vielmehr als wertvolles Beispiel dafür, dass der Rechtsstaat sich als Rechtsstaat in äußerst angespannten Lagen behaupten kann.“*<sup>485</sup>

Dem Verfasser mag nicht zweifelsfrei einleuchten, inwiefern in der Kontaktsperre eine Behauptung des Rechtsstaates zu sehen ist. Durch die Kodifizierung ist lediglich eine Entschärfung der verfassungsrechtlichen Bedenken zu verzeichnen. Die Eingriffsintensität der Kontaktsperre bleibt auch nach ihrer Kodifikation im vollen Umfang erhalten.

---

<sup>482</sup> Ebenda.

<sup>483</sup> BVerfG NJW 1978, 2235.

<sup>484</sup> *G. Insslin, et al v. Federal Republic of Germany*, App. No. 7572/76, Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 14, 64-116 (1978).

<sup>485</sup> *Böcher*, Reinhard, in: Löwe/Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO, Großkommentar, Band 10, Volker Erb (Hrsg.) (De Gruyter, Berlin, 26., neu bearbeitete Auflage 2010) vor § 31 EGGVG Rn. 12.

*f) Das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 14. 4. 1978 (StPO-Änderungsgesetz 1978)*

Hinsichtlich der durch diese Gesetzesnovelle wiederum modifizierten Möglichkeiten des Verteidigerausschlusses, kann auf das oben unter III.A.2.d) Gesagte verwiesen werden. Gleiches gilt für die Maßnahmen, die gegen konspirierende Verteidiger im Rahmen der §§ 148, 148 a StPO ergriffen wurden. Im Mittelpunkt des kurzen Überblickes über diese Novellierung der Strafprozessordnung sollen daher zum einen die Erweiterung der Durchsuchungsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden sowie die Regelungen hinsichtlich der Zulässigkeit von Kontrollstellen und Identitätsfeststellungen“ sein.<sup>486</sup> Das Gesetz wurde in Regierungskreisen allenthalben als die vorgezogene Ausführung dringlicher Gesetzesvorhaben angesehen, deren Notwendigkeit vor allem durch die tragischen Entführungen und Ermordungen *Bubacks*, *Prontos*, und *Schleyers* augenfällig wurde.<sup>487</sup> In diesem Zusammenhang wurde auch die Überwachung des mündlichen Verteidigergesprächs mit den Beschuldigten diskutiert. Gesetzeswirklichkeit wurde sie nicht.

Die Erweiterungen der Eingriffsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden entstanden insbesondere aus dem „Wunsch“<sup>488</sup>, die gesetzgeberische Technik aus den Landespolizeigesetzen mit Blick auf eine Generalklausel angemessen auf das repressiv orientierte Strafprozessrecht zu übertragen.<sup>489</sup> Insbesondere die Schaffung des Musterentwurfes für ein einheitliches Polizeigesetz habe das Bedürfnis der Ergänzung der Strafprozessordnung geschaffen. *Vogel* stellt fest, dass die Umsetzung in der StPO letztlich wesentlich enger gefasst wurde als zunächst angestreut.<sup>490</sup> Die StPO sei auch noch in der geltenden Fassung als „Ausführungsgesetz zum Grundgesetz interpretierbar [...], das in ausgeprägter Form dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgt.“<sup>491</sup>

(1) Erweiterung der Durchsuchungsbefugnisse, §§ 103, 105, 108 StPO

(a) *Ausgestaltung der Durchsuchungsbefugnisse*

<sup>486</sup> *Vogel*, Hans-Jochen S. 1222.

<sup>487</sup> Vgl. Dringlichkeitskatalog BR-Protokoll 1977 S. 226 - 227.

<sup>488</sup> *Vogel*, Hans-Jochen S. 1226.

<sup>489</sup> Ebenda.

<sup>490</sup> Ebenda.

<sup>491</sup> *Vogel*, Hans-Jochen S. 1225.

Die §§ 103, 105 und 108 StPO in der Fassung des StPO-Änderungsgesetz 1978 schufen die Möglichkeit, Wohnungsdurchsuchungen zur Ergreifung Tatverdächtiger in Wohnungen und ganzen Häuserblocks unbeteiligter Dritter durchzuführen. § 103 Abs. 1 S. 2 StPO sah vor:

*„Zum Zwecke der Ergreifung des Beschuldigten, der dringend verdächtig ist, eine Straftat nach § 129 a des Strafgesetzbuches oder eine der in dieser Vorschrift bezeichneten Straftaten begangen zu haben, ist eine Durchsuchung von Wohnungen und anderen Räumen auch zulässig, wenn sich diese in einem Gebäude befinden, von dem aufgrund von Tatsachen anzunehmen ist, dass sich der Beschuldigte in diesem aufhält.“*

Zwar muss bei der Durchsuchung eines ganzen Hauses mit beliebig vielen Wohneinheiten die Beschränkung des Durchsuchungszweckes - die Ergreifung des Beschuldigten - stets beachtet werden. Es handelt sich im Gegensatz zu der Durchsuchung nach § 103 Abs. 1 S. 1 StPO nämlich nicht um eine Durchsuchung zum Zwecke des Auffindens von Beweismitteln; wenn konkrete Anhaltspunkte dafür sprechen, dass sich der Beschuldigte in der betreffenden Wohnung befindet, ist eine Durchsuchung nach § 103 Abs. 1 S. 1 StPO zulässig.

Allerdings ist nach noch heute herrschender Auffassung in der Literatur auch die Suche nach Anhaltspunkten für den Verbleib des Beschuldigten bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte möglich.<sup>492</sup> Damit ist die Beschränkung auf das bloße Auffinden des Beschuldigten als einzig zulässiger Durchsuchungszweck weitestgehend folgenlos. Zufallsfunde dürfen gemäß der §§ 94 und 98 StPO beschlagnahmt werden. Die leichtere Hürde des § 108 Abs. 1 S. 1 StPO gilt insoweit nicht.<sup>493</sup> Nach Auffassung *Vogels* werden jedoch auch solche Zufallsfunde in aller Regel zu Beschlagnahmen und in der Folge auch verwertbar sein.<sup>494</sup>

Im Rahmen des erforderlichen Auffindungsverdacht sind bestimmte Tatsachengrundlagen erforderlich, die darauf schließen lassen, dass sich der Beschuldigte irgendwo in dem Gebäude aufhält. Dafür werden nicht nur Zeugenaussagen, sondern auch das Auffinden von Fahrzeugen in der Nähe des betreffenden Gebäudes für ausreichend erachtet.<sup>495</sup> Nach diesem Verständnis des § 103 StPO wird die von der CDU/CSU Fraktion nach den Erfahrungen mit

---

<sup>492</sup> *Schäfer*, Karl, in: Löwe/Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO, Großkommentar, Band 3, Volker Erb (Hrsg.) (De Gruyter, Berlin, 25. Auflage 2004) § 103 Rn. 19, 25.

<sup>493</sup> *Rudolphi*, Hans-Joachim, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 2, Jürgen Wolter (Hrsg.) (Heymann, Köln, 4. neu bearbeitete Auflage 2010) § 103 StPO Rn. 14.

<sup>494</sup> *Vogel*, Hans-Jochen S. 1226.

<sup>495</sup> *Schäfer*, Karl (2004) § 103 Rn. 21.

der *Schleyer* Entführung ursprünglich geforderte Befugnis zur Durchsuchung eines ganzen Bezirkes faktisch doch umgesetzt.<sup>496</sup>

(b) *Kritik an der Ausgestaltung der Durchsuchungsbefugnisse*

Nach Auffassung der Bundesregierung ist diese Erweiterung der Durchsuchungsbefugnisse ein aus den Ermittlungsproblemen im Zusammenhang mit der *Schleyer* Entführung erwachsendes Muss. Es habe im Rechtsausschuss fraktionsübergreifend Einvernehmen darüber bestanden, dass die Durchsuchungsbefugnisse einer Erweiterung bedurften.<sup>497</sup> Nur so sei ein schnelles Eingreifen der Strafverfolgungsbehörden möglich zu machen.<sup>498</sup> Hinsichtlich der gravierenden Einschränkungen in Bezug auf das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung führt der Rechtsausschuss aus:

*„Diese Erweiterung soll nur für den Fall des § 129 a StGB sowie für bestimmte Fälle der Schwerekriminalität gelten. Die hierin liegende Eingrenzung hat die Mehrheit des Ausschusses im Hinblick auf den der Wohnung vom Grundgesetz zugewiesenen hohen Stellenwert für unabdingbar geboten und nach den Erfahrungen für ausreichend erachtet.“*<sup>499</sup>

Der damalige Bundesjustizminister *Vogel* bewertete diese Erweiterung als „höchst vorsichtig“, nachdem sich die zuvor bestehenden Beschränkungen als erhebliches Hindernis für eine umfassende Fahndung erwiesen hätten.<sup>500</sup>

Diese Ausgewogenheit wird der Erweiterung nicht von allein Seiten bescheinigt. *Rudolphi* sieht in der Erweiterung der Durchsuchungsbefugnisse auf die Wohnungen von Personen, welche nicht den geringsten Anlass dazu gegeben haben - dazu noch auf ganze Häuserblocks ausgedehnt - als unverhältnismäßig.<sup>501</sup>

(c) *Stellungnahme*

---

<sup>496</sup> BT-Drucks. 8/1482 S. 8.

<sup>497</sup> Ebenda.

<sup>498</sup> Ebenda.

<sup>499</sup> Ebenda.

<sup>500</sup> *Vogel*, Hans-Jochen S. 1226.

<sup>501</sup> *Rudolphi*, Hans-Joachim, Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus S. 6.

In der Tat ist diese Regelung mit keiner in Betracht kommenden Begründung als gerechtfertigt im Lichte des Art. 13 Abs. 1 GG zu erachten. Das BVerfG misst dem Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung gegen das Eindringen der staatlichen Gewalt in den Kernbereich privater Lebensgestaltung einen hohen Stellenwert bei.<sup>502</sup> Wenn sich der Bürger keiner Straftat schuldig gemacht hat und auch aus polizeilich präventiver Sicht keinen Anlass dazu bietet, als Störer oder Nicht-Störer in Anspruch genommen zu werden, ist nicht ersichtlich, warum ein derart tiefer Grundrechtseingriff aufgrund des in § 103 Abs. 1 S. 2 StPO festgeschriebenen (vagen) Auffindungsverdachts gerechtfertigt sein soll. Der allgemeine Strafverfolgungsanspruch kann einen derart intensiven Eingriff in die räumliche Privatsphäre des Bürgers nicht rechtfertigen.

## (2) Kontrollstellen und Identitätsfeststellung

### (a) *Ausgestaltung der Kontrollstellen*

Bis dato war es lediglich im Rahmen von Gefahrenabwehreingriffen der Polizei möglich, an Kontrollstellen, d.h. an Anhaltepunkten im öffentlichen Verkehr, allgemeine Durchsuchungen vorzunehmen. Der Gesetzgeber sah das Bedürfnis, solchen Ermittlungen in der StPO eine gesetzliche Grundlage zu verschaffen.<sup>503</sup> Dies geschah in Gestalt des § 111 StPO, der eine allgemeine Durchsuchung und Identitätsfeststellung vorsieht, wenn die aufzuklärende Tat unter § 129 a oder § 250 Abs. 1 Nr.1 StGB fällt.<sup>504</sup>

Erforderlich ist dafür, dass der Durchsuchung größtenteils völlig Unbeteiligter gewisse Erfolgserwartungen zugrunde liegen. Tatsachen müssen die Erwartung rechtfertigen, dass die Aussicht auf einen Fahndungserfolg am konkreten Ort und zur konkreten Zeit besteht. Diese Annahme kann auch lediglich auf kriminalistischen Erfahrungswerten beruhen.<sup>505</sup>

Über eine solche Kontrollstelle sind die Strafverfolgungsbehörden zur Feststellung der Identität des Betroffenen befugt, selbst wenn die Voraussetzungen, die üblicherweise zu einer Identitätsfeststellung völlig Unverdächtiger nach § 163 b Abs. 2 S. 1 StPO erforderlich sind, nicht vorliegen.

---

<sup>502</sup> BVerfGE 109, 279, 313, 354, 355.

<sup>503</sup> Bericht des Rechtsausschusses BT-Dr 8/1482 S. 9; vgl. auch *Vogel*, Hans-Jochen S. 1221.

<sup>504</sup> Mittlerweile sind auch die in §§ 89 a und 129 b StGB normierten Straftatbestände aufgenommen worden.

<sup>505</sup> *Schäfer*, Karl (2004) § 111 StPO Rn. 11; *Schmitt*, Bertram, in: *Meyer-Goßner, Strafprozessordnung* (C.H. Beck, München, 55., neu bearbeitete Auflage 2012) § 111 StPO Rn. 5.

*Vogel* schränkt den Anwendungsbereich - ohne dass dies der Vorschrift zu entnehmen ist - teleologisch dahingehend ein, dass die Durchsuchungsbefugnis im Fahndungsziel ihre Begrenzung finden müsse.<sup>506</sup>

Zum einen stellt der Verfasser nachdrücklich in Frage, inwieweit diese einschränkende, nicht im Gesetzeswortlaut festzustellende Auslegung, von den Strafverfolgungsbehörden erkannt werden soll. Zum anderen lässt sich schwer vorstellen, wie eine solche Reduktion der Eingriffsbefugnis in der Praxis aussehen soll. Eine Durchsuchung eines Pkw ist eine Durchsuchung des ganzen Pkws. Wie dabei das Fahndungsziel im Rahmen der Durchführung der Durchsuchung einschränkende Auswirkungen haben soll, ist schwer vorstellbar. Vielmehr wird an dieser Stelle deutlich, dass auch der damalige Bundesjustizminister gesehen hat, wie weitreichend diese Eingriffsermächtigung ist. Es dürfen Privatgegenstände ohne konkreten Hinweis auf deren Beweiswert durchsucht werden, geschweige denn mit dem Verdacht, dass der Durchsuchte eine Straftat begangen hat. Dabei bedarf es nur einer richterlichen Anordnung, die die Einrichtung der Kontrollstellen erlaubt. Die darauf beruhende (im Vorhinein nicht überschaubare) Vielzahl von Durchsuchungen bedarf keiner weiteren Anordnung mehr.

Die Tatsache, dass der Durchsuchte keinerlei Anlass für eine Durchsuchung dieser Art gegeben hat, wird von *Rudolphi* wiederum als Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip gewertet.<sup>507</sup> Der Gesetzgeber verweist demgegenüber auf das dringende kriminalistische Bedürfnis einer solchen Regelung. Teilweise wurde sogar diskutiert, die Anlasstaten für die Einrichtung von Kontrollstellen an dem gesamten Katalog des § 100 a StPO zu orientieren.<sup>508</sup>

#### (b) *Datenverwertung durch die Kontrollstellen*

Besondere Bedeutung erlangt die Einrichtung von Kontrollstellen im Zusammenhang mit dem im Jahre 1986 geschaffenen § 163 d StPO. Nach dieser Vorschrift können sämtliche Daten sämtlicher Personen, die im Rahmen einer Durchsuchung nach § 111 StPO gesammelt

---

<sup>506</sup> *Vogel*, Hans-Jochen S. 1227.

<sup>507</sup> *Rudolphi*, Hans-Joachim, Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus S. 6.

<sup>508</sup> BT-Drucks. 8/1482 S. 10.

wurden und für die Aufklärung der Straftat oder die Ergreifung des Täters von Bedeutung sein könnten (z.B. Typ und Kennzeichen des Pkw) gespeichert werden.<sup>509</sup>

Abgesehen davon, dass die angesichts des Umfangs einer Großfahndung nach § 111 StPO entstehende Datenflut den kriminalistischen Zweck des § 163 d StPO aufhebt, ist spätestens diese Folge der Einrichtung von Kontrollstellen als verfassungsrechtlich bedenklich zu erachten. Die umfassende Speicherung aller Daten, die unter den o.g. Voraussetzungen von Personen erlangt wurden, die für die Durchsuchung keinen Anlass geboten haben, läuft dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung zuwider.

Es werden auch 25 Jahre nach der Schaffung des § 163 d StPO die Stimmen vehementerer Kritik an dieser Vorschrift nicht leiser.<sup>510</sup> Diese bezieht sich auch auf den Umgang mit sog. Zufallsfunden, der in den Abs. 4 festgelegt ist.

*„(4) [...] Die gespeicherten personenbezogenen Daten dürfen nur für das Strafverfahren genutzt werden. Ihre Verwendung zu anderen Zwecken ist nur zulässig, soweit sich bei Gelegenheit der Auswertung durch die speichernde Stelle Erkenntnisse ergeben, die zur Aufklärung einer anderen Straftat oder zur Ermittlung einer Person benötigt werden, die zur Fahndung oder Aufenthaltsfeststellung aus Gründen der Strafverfolgung oder Strafvollstreckung ausgeschrieben ist.“<sup>511</sup>*

Damit sind Zufallserkenntnisse faktisch uneingeschränkt verwendbar. Satz 4 stellt keine Begrenzung dar, da er alle erdenklichen Aufklärungs- und Ermittlungsinteressen einschließt.<sup>512</sup> Erb meint deshalb:

*„Die nahezu einschränkungslose Verwertbarkeit von Zufallserkenntnissen [...] ist nicht nur systematisch und rechtspolitisch verfehlt, sondern [...] verfassungswidrig.“<sup>513</sup>*

---

<sup>509</sup> Schäfer, Karl (1988) Rn. 94.

<sup>510</sup> Erb, Volker, in: Löwe/Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO. Großkommentar. Band 5. Volker Erb (Hrsg.) (De Gruyter, Berlin, 26., neu bearbeitete Auflage 2008) § 163 d Rn. 2 a m.w.N.

<sup>511</sup> Diese Regelung wurde mit Wirkung seit dem 01.01.2008 im Hinblick auf die Verwendungsregelung in § 477 StPO sowie die allgemeine Benachrichtigungsregelung in § 101 Abs 4 StPO gestrichen.<sup>511</sup> Dem wesentlichen Gehalt nach, lebt sie jedoch in diesen Vorschriften weiter.

<sup>512</sup> Erb, Volker Rn. 71.

<sup>513</sup> Erb, Volker Rn. 72.

Daraus resultiere jedoch nicht die Gesamtnichtigkeit der Norm, sondern die Notwendigkeit einer verfassungsgemäßen Auslegung im Sinne des § 100 b Abs. 5 StPO. Damit sind Zufallsfunde nur verwertbar, wenn sie eine Katalogtat nach Abs. 1 betreffen.<sup>514</sup>

Die verfassungsrechtliche Bewertung des § 163 d StPO in seiner grundsätzlichen konzeptionellen Ausrichtung hängt vor allem davon ab, welchen Stellenwert man dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung - dessen Definierung das BVerfG im Jahre 1983 vornahm<sup>515</sup> - im Verhältnis zu einer funktionierenden Strafrechtspflege beizumessen bereit ist. Dieser neuralgische Punkt kann an dieser Stelle nur angesprochen werden.

### *(c) Identitätsfeststellung*

Neben der Einrichtung von Kontrollstellen schuf das StPO-Änderungsgesetz 1978 weiterhin die §§ 163 b und c StPO, die Maßnahmen zur Feststellung der Identität unverdächtiger Personen für repressive Maßnahmen der Polizei einführt. § 163 b StPO legt die Voraussetzungen für eine Identitätsfeststellung dieser Art fest:

*„(2) [...] 2 Der Verdächtige darf festgehalten werden, wenn die Identität sonst nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann. 3 Unter den Voraussetzungen von Satz 2 sind auch die Durchsuchung der Person des Verdächtigen und der von ihm mitgeführten Sachen sowie die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen zulässig.“*

Auch im Zusammenhang mit diesen Vorschriften liegen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit in Bezug auf die fehlende Veranlassung dieser Maßnahmen durch den Durchsuchten nahe. Namentlich *Rudolphi* ist ein Gegner der Vorschriften zur Identitätsfeststellung. Es sei hochproblematisch eine Person, welche einer Straftat nicht verdächtig ist, für bis zu 12 Stunden - so gestattet es die Norm in ihrer Ausprägung durch die Rechtsprechung - festzuhalten.

*„Diese Gleichstellung von Zeugen und Tatverdächtigen widerspricht jedoch sowohl dem Gleichheitssatz als auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. [...] Näher liegt daher wohl die Vermutung, dass § 163 b Abs. 2 die Funktion eines Auffangtatbestandes zukommt, d.h. dass er eine Festnahme auch solcher*

---

<sup>514</sup> Ebenda.

<sup>515</sup> BVerfGE 65, 1.

*Personen ermöglichen soll, die zwar noch nicht im strengeren Sinne tatverdächtig sind, bei denen aber das Fehlen eines Tatverdachts nicht sicher ist.*<sup>516</sup>

### **3. Änderungen im materiellen Strafrecht**

#### **a) Allgemeines**

Als bedeutendste Änderungen des materiellen Strafrechts sind die §§ 88 a, 126, 129 a, 130 a, 131, 239 a und b sowie 316 c StGB zu nennen.<sup>517</sup> Die neu geschaffenen Straftatbestände sind das zweite Standbein der Anti-Terror-Gesetze, welches durch die Bemühung gekennzeichnet ist, der von der RAF ausgehenden Gewaltkriminalität effektiver gegenüberzutreten zu können. Zum einen sollen neue Erscheinungsformen von Gewaltkriminalität unter Strafe gestellt werden. Zum anderen ist es Ziel dieser Gesetzgebung, ehemals straflose Vorbereitungshandlungen von Gewaltkriminalität bzw. deren bloße psychische Unterstützung zu sanktionieren.<sup>518</sup>

Das Schwergewicht der durch die Terrorismusgesetzgebung herbeigeführten Änderungen ist im strafprozessualen Bereich zu verorten. Diese Gewichtung soll sich auch in den folgenden Ausführungen widerspiegeln, indem nur vergleichsweise kurz auf die materiellrechtlichen Veränderungen eingegangen wird. Nicht außer Acht gelassen werden darf bei der Bewertung dieser Gesetzesänderungen im materiellen wie formellen Recht, dass diese letztlich eine Einheit bilden und nicht getrennt voneinander betrachtet werden können.<sup>519</sup> Dies lässt sich schon daraus entnehmen, dass im prozessualen Bereich die Straftat nach § 129 a StGB Anknüpfungspunkt und Auslöser einer Vielzahl von Eingriffsbefugnissen der Strafverfolgungsbehörden ist.

#### **b) Gewaltverherrlichung und Anleitung zu Straftaten**

§§ 130 a und 131 StGB ist gemeinsam, dass sie das strafrechtlich relevante Verhalten weit in den Bereich der bloßen Vorbereitungshandlung in Bezug auf eine noch nicht näher

---

<sup>516</sup> *Rudolphi*, Hans-Joachim, Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus S. 6.

<sup>517</sup> *Rudolphi*, Hans-Joachim, Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus S. 2.

<sup>518</sup> *Rudolphi*, Hans-Joachim, Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus S. 1.

<sup>519</sup> *Dahs*, Hans, Das „Anti-Terroristen-Gesetz“ S. 2147.

konkretisierte Straftat verlagern und eine Art der psychischen Beihilfe erfassen, welche bis dato noch keine strafrechtliche Relevanz besessen hatte.

### (1) Gewaltverherrlichung

Der Schutzzweck des § 131 StGB<sup>520</sup> ist es nach dem Willen des Gesetzgebers, den Einzelnen und die Allgemeinheit vor Gewalttätigkeiten zu schützen. Der Einzelne soll darüber hinaus davor bewahrt werden, dass er sozialschädliche Verhaltensweisen übernimmt.<sup>521</sup> Die pönalisierte Handlung der Gewaltverherrlichung<sup>522</sup> begegnet verfassungsrechtlich vor allem insoweit Bedenken, als sie weit im Vorfeld der Rechtsgutverletzung liegt. Weiterhin lässt sich mit *Rudolphi* feststellen, dass durch die Schaffung dieser Vorschrift eine „plakative Missbilligung“ der in der Gesellschaft der 1970er Jahre deutlich gewordenen Brutalisierung- und Kriminalisierungstendenzen stattfindet.<sup>523</sup> Es stellt sich die Frage, ob das Strafrecht, das seiner Konzeption nach nur dann greifen soll, wenn die Sanktionierung eines Verhaltens für die Wahrung und Sicherung der Lebensbedingungen der Allgemeinheit notwendig ist, für diese Absichten des Gesetzgebers der richtige Schauplatz ist.

### (2) Anleitung zu Straftaten

Ähnlichen Bedenken bestehen auch gegen den Straftatbestand des § 130 a StGB. § 130 a Abs. 1 StGB stellt das Verbreiten von Schriften sowie weitere Tathandlungen unter Strafe, die zum einen geeignet sind, zu einer Katalogtat nach § 126 Abs. 1 StGB anzuleiten und die zum anderen dazu bestimmt sind, die Bereitschaft anderer zu solchen Taten zu fördern oder zu wecken. Als Katalogtaten nach § 126 Abs. 1 StGB sind auch die der klassischen Gewaltkriminalität angehörigen Delikte ausgehend von der RAF erfasst. Die Vorschrift wurde durch das 14. StÄG vom 22.4.1976 geschaffen.<sup>524</sup>

---

<sup>520</sup> Eingeführt als "Gewaltverherrlichung und Aufstachelung zum Rassenhass durch das 4. StrRG v. 23.11.1973", BGBl 1973 I, 1725; Materialien: BT-Drucks. VI/3521; BT-Drucks. 7/80; BT-Drucks. 7/514.

<sup>521</sup> BT-Drs VI/3521, 6; BGH NStZ 2000, 307, 308; *Krauß*, Matthias, in: Leipziger Kommentar, Großkommentar Strafgesetzbuch, Band 5, Heinrich Wilhelm Laufhütte (Hrsg.) (De Gruyter, Berlin, 12. Auflage 2008) § 131 Rn. 2.

<sup>522</sup> Heute in § 131 StGB als Gewaltdarstellung bezeichnet.

<sup>523</sup> *Rudolphi*, Hans-Joachim, Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus S. 2.

<sup>524</sup> BGBl 1976 I, 1056; in Kraft getreten am 1.5.1976; Materialien: BT-Drucks. 7/2772; BT-Drucks. 7/2854; BT-Drucks. 7/3030; BT-Drucks. 7/3064; BT-Drucks. 7/4549; BT-Drucks. 7/4808.

*Sturm* legt in diesem Zusammenhang Wert darauf festzustellen, dass es sich bei dem 14 StÄG nicht um ein „ad hoc in aller Eile zusammengezimmerter“ Gesetzeswerk handle. Es sei vielmehr Ausdruck der Bemühung, angesichts der eklatanten Zunahme der „Propagierung und Anwendung von Gewalt zur Erreichung individueller oder politischer Ziele“, den kleinen straffreien Raum der Befürwortung von und der Anleitung zu Straftaten strafrechtlich in den Griff zu bekommen.<sup>525</sup>

Ungeachtet dieser Zielsetzung ist § 130 a StGB heftiger Kritik ausgesetzt. Mitunter wird er als „Zensurparagraf“<sup>526</sup> oder als „Paradebeispiel eines politisch instrumentalisierten Strafrechts“<sup>527</sup> bezeichnet. Es werden verfassungsrechtliche Bedenken vor dem Hintergrund der Meinungsäußerungsfreiheit sowie des Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gesehen. Auch wenn die kriminalpolitische Bedeutung der Vorschrift angesichts der Verurteilungszahlen nicht überschätzt werden darf, bleibt auch hinsichtlich der Schaffung des § 130 a StGB der Eindruck bestehen, dass es zu der Bekämpfung eines geistigen Klimas, in dem schwere Gewalttaten gedeihen und nachgeahmt werden nicht zwingend eines Straftatbestandes bedurft hätte.<sup>528</sup>

Dieser Einwand wird auch nicht durch die Ausführungen *Krauß* relativiert, nach denen „Instruktionen zu Mord und Sprengstoffanschlägen nicht dem Grundrecht der Meinungsfreiheit unterfallen.“<sup>529</sup> Dies trifft jedoch nicht den Kern der Kritik an § 130 a StGB, da nach dieser Vorschrift derjenige bestraft wird

*„der eine Schrift (§ 11 Abs. 3), die geeignet ist, als Anleitung zu einer in § 126 Abs. 1 genannten rechtswidrigen Tat zu dienen, und nach ihrem Inhalt bestimmt ist, die Bereitschaft anderer zu fördern oder zu wecken, eine solche Tat zu begehen, verbreitet, öffentlich ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht.“*

Unter § 130 a StGB fallen damit nicht nur „Instruktionen zu Mord und Sprengstoffanschlägen“.<sup>530</sup> Es sind die von grundrechtlichen Meinungsäußerungen kaum zu separierenden Schriften, welche von § 130 a StGB erfasst sind. Der Vorwurf, dass eine

---

<sup>525</sup> *Sturm*, Richard. Zum 14. Strafrechtsänderungsgesetz vom 22.4.1976 - Gewaltbekämpfung, in: JZ 1976, 347, 349.

<sup>526</sup> *Demski*, Ulf; *Ostendorf*, Heribert. Vom Kanzelparagraph zur Anleitung zu Straftaten - Der § 130a StGB - ein Paradebeispiel für ein politisch instrumentalisiertes Strafrecht. StV 1989, 30, 37.

<sup>527</sup> Ebenda.

<sup>528</sup> *Rudolph*, Hans-Joachim, Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus S. 2.

<sup>529</sup> *Krauß*, Matthias § 133 a Rn. 7.

<sup>530</sup> Dies wäre im Übrigen bereits von dem bereits bestehenden § 111 StGB erfasst.

verfassungsrechtlich überzeugend bestimmte Auslegung des § 130 a StGB kaum möglich ist, kann damit nicht ausgeräumt werden.

### *c) Die Bildung einer terroristischen Vereinigung*

Die bedeutendste Änderung des materiellen Strafrechts im Rahmen der RAF Gesetzgebung ist in § 129 a StGB verkörpert. Das Delikt der Bildung einer terroristischen Vereinigung ist Anknüpfungspunkt für Änderungen in den Katalogen der §§ 138 und 139 StGB und Auslöser für eine Vielzahl strafprozessualer Eingriffsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden. § 129 a StGB wurde durch das Gesetz zur Änderung des StGB, der StPO, des GVG, der BRAO und des StVollzG vom 18.8.1976<sup>531</sup> in das StGB eingefügt. Der Straftatbestand ist auf den Schutz vor besonders gefährlichen Vereinigungen gerichtet. Er soll der Bildung und dem Fortbestand krimineller Gruppierungen entgegenwirken und gerade als besonders gefährlich angesehene Handlungen bereits im Vorfeld eigentlicher Straftatbegehung sanktionieren.<sup>532</sup> In seinem Katalog sollten die Delikte vereint werden, die für das Wirken terroristischer Vereinigungen als wesenseigen erachtet wurden.<sup>533</sup> Strafrechtlich relevant ist danach die Gründung, Mitgliedschaft, Werbung oder Unterstützung der Vereinigung, wobei Rädelsführer und Hintermänner einer besonders hohen Strafandrohung unterliegen.

Zwar stehen die Gründer der Vereinigung im Mittelpunkt der Norm. Dennoch ist die Beihilfe zur Täterschaft erhoben und von dem Mindeststrafrahmen des § 129 a StGB von Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren erfasst. Problematisch ist insoweit, dass die psychische Unterstützung unüberschaubar weit gestaltet ist. Die Abgrenzung zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch sowie Täterschaft und Teilnahme in ihrer hergebrachten Form finden im Rahmen des § 129 a StGB kaum einen Ansatz mehr.<sup>534</sup>

*„Hinzu kommt, dass der Begriff des Unterstützens im Rahmen des § 129 a kaum Konturen aufweist und daher die Gefahr einer uferlosen Ausdehnung in sich birgt. [...] Desgleichen könnten weite Teile eines an sich erlaubten Verteidigerhandelns [...] dem § 129 a StGB unterworfen werden [...]“*<sup>535</sup>

Dass es in der Rechtsprechung zu einer so extensiven Auslegung nicht gekommen ist, könne nach Auffassung *Rudolphis* zu keiner anderen Bewertung des § 129 a StGB führen.

<sup>531</sup> Vgl. oben unter III. A. 2. d).

<sup>532</sup> *Schäfer*, Jürgen, in: Münchener Kommentar zum StGB Band 3 (C.H. Beck, München, 2. Auflage 2012) § 129 a Rn. 1.

<sup>533</sup> *Dahs*, Hans, Das „Anti-Terroristen-Gesetz“ S. 2147.

<sup>534</sup> *Rudolph*, Hans-Joachim, Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus S. 3.

<sup>535</sup> Ebenda.

*„Dies ist gewiss richtig und auch zu hoffen [..]. Doch ändert dies nichts an der Tatsache, daß der Gesetzgeber selbst diesen verfassungsrechtlichen Grundsatz nicht beachtet hat und damit jedenfalls die Gefahr nicht mehr gerechtfertigter Grundrechtseingriffe geschaffen hat.“<sup>536</sup>*

*Dahs* kritisiert die Wechselwirkung des § 129 a StGB in Bezug auf die Strafbewehrung der Nichtanzeige geplanter Straftaten. Es würde somit zur Pflicht - auch des Rechtsanwaltes und des Arztes - das Vorhaben oder die Ausführung einer Straftat nach § 129 a StGB der zuständigen Behörde anzuzeigen, wenn er davon „glaubhaft“ erfahren hat und die Ausführung der Straftat oder der Erfolg im Zeitpunkt der Kenntnisnahme noch abgewendet werden kann. Nach Auffassung *Dahs'* sei es nicht gerechtfertigt, die Schweigepflicht des Rechtsanwalts oder des Arztes in dieser Weite einzuschränken.<sup>537</sup>

Nach Auffassung des OLG München bestehen an der ausreichenden Bestimmtheit der Tatbestandsmerkmale des §§ 129 a StGB keine Zweifel.<sup>538</sup> Die Voraussetzungen der Strafbarkeit seien, orientiert an der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 103 Abs. 2 GG, so konkret umschrieben, dass Anwendungsbereich und Tragweite der Straftatbestände sich aus dem Wortlaut ergeben oder sich jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen.<sup>539</sup>

*„Allerdings schließt dies nicht aus, dass der Gesetzgeber Begriffe verwendet, die in besonderem Maße der Deutung durch den Richter bedürfen. Auch im Strafrecht steht der Gesetzgeber vor der Notwendigkeit, der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung zu tragen. [...] Das ist auf Grund der umfangreichen Rechtsprechung zu §§ 129, 129a StGB der Fall [...] Dies gilt insbesondere auch für das Unterstützen einer kriminellen bzw. terroristischen Vereinigung. Um nicht vom Verletzungsstrafrecht in eine verfassungswidrige gesinnungsethische Konzeption des Strafrechts abzugleiten, darf Anknüpfungspunkt insofern nicht der bloße Plan der Tat, sondern muss der Täter bzw. die Organisation sein, in die der Täter eingegliedert ist [...] Wie bei allen Vorverlagerungen des Strafrechtsschutzes ist deshalb mit Rücksicht auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine restriktive Norminterpretation geboten.“*

---

<sup>536</sup> Ebenda.

<sup>537</sup> *Dahs*, Hans. Das „Anti-Terroristen-Gesetz.“ S. 2148.

<sup>538</sup> OLG München NJW 2007, 2786, 2788 f.

<sup>539</sup> OLG München a.a.O. S. 2788; BVerfGE 92, 1, 11 ff.; BVerfG NJW 1995, 1141; NJW 2007, 1666.

*Dem trägt die Rechtsprechung Rechnung, indem sie als tatbestandsmäßige Unterstützung nur solche Handlungen ansieht, die das spezifische Gefährdungspotenzial der Vereinigung fördern, stärken oder absichern und die für die Organisation vorteilhaft sind [...].*<sup>540</sup>

Das OLG München stellt damit klar, dass eine konkretisierende Auslegung angesichts der Unbestimmtheit des § 129 a StGB erforderlich ist.

#### **d) Sonstige Änderungen**

Nur kurz erwähnt sein sollen die Straftatbestände des erpresserischen Menschenraubes (§ 239 a StGB), der Geiselnahme (§ 239 b StGB) sowie der Luftpiraterie (§ 316 c StGB). Selbst bei vehementen Kritikern der Anti-Terror-Gesetze wird diese Ausfüllung von Lücken als „vollauf gerechtfertigte“ Änderung erachtet.<sup>541</sup>

Auch wenn der erpresserische Menschenraub im Zweipersonenverhältnis in seiner konkreten Gestalt seit dem 12. StrÄndG vom 16.12.1971<sup>542</sup> als rechtstechnisch missglückt und angesichts seiner Strafandrohung gegebenenfalls auch als überzogen erachtet werden könnte, stellt dies jedoch kein der Terrorismusgesetzgebung immanentes Problem dar. Insgesamt ist *Rudolphs* Einschätzung, dass diese neuen Straftatbestände durch das Prinzip des Rechtsgüterschutzes legitimiert seien, gerechtfertigt.<sup>543</sup>

---

<sup>540</sup> OLG München a.a.O. S. 2788.

<sup>541</sup> *Rudolph*, Hans-Joachim, Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus S. 2.

<sup>542</sup> BGBl. I 1971 S. 1979.

<sup>543</sup> *Rudolph*, Hans-Joachim, Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus S. 2.

## B. Die Gesetzgebung nach dem 11. September 2001 (Anti-Terror-Paket I+II)

Die Gesetzgebung nach dem 11. September 2001 gliedert sich in zwei Gesetzespakete, das Anti-Terror-Paket I<sup>544</sup> und II.<sup>545</sup> Das erste wird bisweilen nur zeitlich mit den Anschlägen des 11. September 2001 in Verbindung gebracht, der sachliche Zusammenhang jedoch verneint.<sup>546</sup> Es ist im Vergleich zum zweiten Anti-Terror-Paket, welches das als eigentliches Terrorismusbekämpfungsgesetz (TBG) bezeichnet wird, sehr viel weniger umfangreich, beschränkt sich auf wenige Maßnahmen und wurde bereits acht Tage nach den Anschlägen vom Bundeskabinett beschlossen.

Das TBG geht auf den Regierungsentwurf des „Gesetzes zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus“ vom 12.10.2001 zurück.<sup>547</sup> Dieser Entwurf wurde teilweise entschärft, in seinen groben Zügen in Form des TBG jedoch letztlich Gesetzeswirklichkeit. Es ändert insgesamt einhundert Vorschriften in siebzehn Gesetzen und sechs Rechtsverordnungen und ist eine ausdrückliche Reaktion auf die am 11. September 2001 in den USA verübten Anschläge. Besonderes Augenmerk verlieh diesem Gesetzgebungsakt die Tatsache, dass einige der Terroristen sich zuvor in Deutschland als sog. „Schläfer“ unbehelligt aufhalten und die Anschläge vorbereiten konnten.

Das TBG beinhaltet vornehmlich präventive Maßnahmen gegen den internationalen islamistischen Terrorismus. Der damalige Bundesinnenminister *Schily* beschreibt die Beweggründe des Gesetzgebers sowie die Natur des TBG in der Beratung im Bundestag am 14. Dezember 2001 folgendermaßen:

*„Wir haben es mit einem Gesetz zu tun, durch das die Konsequenzen aus einem ganz schlimmen Ereignis und aus einer Bedrohung, die uns wahrlich das Fürchten lehrt, gezogen werden. Ich meine die Bedrohung durch den weltweiten islamistischen Terror, die in ihrer Tiefendimension am 11. September erkennbar geworden ist.“*<sup>548</sup>

---

<sup>544</sup> Zusammengesetzt aus BGBl 2001 I S. 3436; BGBl 2001 I S. 3319; BGBl 2002 I S. 3390.

<sup>545</sup> BGBl 2002 I S. 361.

<sup>546</sup> *Lepsius*, Oliver. Das Verhältnis von Sicherheit und Freiheitsrechten in der Bundesrepublik Deutschland nach dem 11. September 2001 (2004) S. 6. <http://wcbdoc.gwdg.de/ebook/1f/2003/aicgs/publications/PDF/lepsius.pdf> (zuletzt besucht am 4.2.2013).

<sup>547</sup> <http://www.cilip.de/terror/atg-2.htm> (zuletzt besucht am 4.2.2013).

<sup>548</sup> BT-Prot. 14/209 S. 20758.

Im Folgenden sollen überblicksweise die Mechanismen dargestellt werden, mit denen der Gesetzgeber die Bedrohungen, die von einem nunmehr international agierenden Netzwerk von Terroristen ausgehen, in den Griff zu bekommen versucht. Dies soll im Lichte verfassungsrechtlicher Grundprinzipien und schwerpunktmäßig mit Blick auf die Maßstäbe geschehen, die Gegenstand der vergleichenden Analyse mit dem US amerikanischen Pendant - dem P. Act - sein werden.

## 1. Das erste Anti-Terror-Paket

Das erste Anti-Terror-Paket umfasst neben den hier dargestellten Änderungen auch ein Gesetz zur Finanzierung der Terrorismusbekämpfung<sup>549</sup>, welches die Strafverfolgungsbehörden mittels einer Erhöhung der Versicherungssteuer sowie eine zweistufige Erhöhung der Tabaksteuer mit den erforderlichen Mitteln zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus ausstatten sollte.<sup>550</sup> Im Folgenden wird das Augenmerk jedoch auf die Abschaffung des Religionsprivilegs im Vereinsrecht sowie auf die Einführung des § 129 b StGB gelenkt.

### a) Das Religionsprivileg

Durch das Erste Gesetz zur Änderung des Vereinsgesetzes vom 4.12.2001<sup>551</sup> wurde das in § 2 Abs. 2 Nr. 3 VereinsG a.F. festgeschriebene sog. Religionsprivileg gestrichen. Das Religionsprivileg sollte insbesondere dem verfassungsrechtlichen Schutz der Religionsgesellschaften durch die Art. 4, 140 GG i.V.m. Art. 36 f. WRV Rechnung tragen. Das Vereinsgesetz wurde für solche Gemeinschaften als nicht sachgerecht empfunden. Dies wurde insbesondere damit begründet, dass solche Religionsgemeinschaften auch nicht dem Tatbestand des § 9 Abs. 2 GG unterfallen. Dieser gleicht nach seinem Wortlaut jedoch weitestgehend dem des Vereinsverbotes in § 3 Abs.1 VereinsG. § 2 Abs. 2 Nr. 3 VereinsG a.F. sah vor, dass

*„Religionsgemeinschaften und Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege, einer Weltanschauung zur Aufgabe machen, im Rahmen des Artikels 140 des Grundgesetzes in Verbindung mit Artikel 137 der deutschen*

---

<sup>549</sup> BGBl. 2001 I S. 3436.

<sup>550</sup> *Mittler*, Stefan, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung (Nomos, Berlin, 2007) S. 210.

<sup>551</sup> BGBl. 2001 I S. 3319.

*Verfassung vom 11. August 1919*“ keine Vereine im Sinne des Vereinsgesetzes darstellen.

Damit war bis dato nach ganz h.M.<sup>552</sup> ein Vereinsverbot nach den §§ 3 Abs. 1, 14 Abs. 1 VereinsG für Religionsgemeinschaften auch dann nicht möglich, wenn deren Zwecke oder Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richten. Bei Vereinigungen, die lediglich formell unter dem Deckmantel einer Religionsgemeinschaft die Tatbestandsvoraussetzungen eines Vereinsverbotes erfüllen, sind der Exekutive seit der Streichung des Religionsprivilegs nicht mehr die Hände gebunden. Ein Vereinsverbot kann verhängt werden. Besonders deutlich wurde diese Problematik bei den Vereinen im Wirkungskreis des selbsternannten „Kalifen von Köln“ namens *Kaplan*. Wenige Tage nach in Kraft treten der Änderung wurden die Vereinigung „Kalifatstaat“, in der *Kaplan* wirkte, sowie zwanzig verwandte Organisationen verboten.<sup>553</sup> Diese Verbote wurden sämtlich vom BVerwG bestätigt.<sup>554</sup> Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde gegen diese Maßnahme nicht zur Entscheidung an.<sup>555</sup>

Die politisch durchaus nachvollziehbare Abschaffung des Religionsprivilegs hat Schwächen. Mitunter wird hierin eine unzulässige Beschränkung des grundsätzlich vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts auf freie Religionsausübung gesehen, welche nur durch verfassungskonforme Auslegung den Maßstäben des Art. 4 GG gerecht werden könne.<sup>556</sup>

Durchschlagend ist in diesem Zusammenhang jedoch die Argumentation, dass es der Abschaffung des Religionsprivilegs gar nicht bedurft hätte. Von dem Religionsprivileg waren nämlich ausdrücklich nur „Religionsgemeinschaften“ erfasst. Im kriminalpolitischen Focus sind jedoch solche Vereinigungen, die eher als „religiöse Vereinigungen“ zu charakterisieren sind. Von diesen geht die Terrorismusgefahr aus. Solche konnten jedoch seit jeher nach den Maßstäben des Vereinsgesetzes verboten werden, da sie nicht vom Religionsprivileg erfasst waren.<sup>557</sup> Bei richtiger Subsumtion hätte auch die Vereinigung Kalifatstaat bereits vor Streichung des Religionsprivilegs verboten werden können.

---

<sup>552</sup> BVerwG NVwZ 2003, 986; *Pieroth*, Bodo; *Kingreen*, Thorsten. Das Verbot von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften. in: NVwZ 2001, 841, 845; *Middel*, Stefan S. 211 m.w.N.

<sup>553</sup> *Middel*, Stefan S. 212.

<sup>554</sup> BVerwG NVwZ 2003, 986, 988 ff.; *Middel*, Stefan S. 212.

<sup>555</sup> BVerfG NJW 2004, 47.

<sup>556</sup> *Groh*, Kathrin. Das Religionsprivileg des Vereinsgesetzes. in: KritV 2002, 39.

<sup>557</sup> *Poscher*, Ralf. Vereinsverbote gegen Religionsgemeinschaften? - Die Abschaffung des Religionsprivilegs im Vereinsgesetz als Akt unbewußter symbolischer Gesetzgebung -. in: KritV 2002, 298.; *Middel*, Stefan S. 214 f. m.w.N.

## **b) § 129 b StGB**

Die durch das 34. Strafrechtsänderungsgesetz vom 22.8.2002<sup>558</sup> herbeigeführte Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 129 a StGB auf terroristische Vereinigungen im Ausland ist vor allem Konsequenz der Verpflichtung zur Umsetzung der Gemeinsamen Maßnahme des europäischen Rates vom 21.12.1998 betreffend der Strafbarkeit der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung in den Mitgliedsstaaten der EU.<sup>559</sup> § 129 b StGB ist dabei - wie auch § 129 a StPO - vor allem mit Blick auf die an ihn geknüpften strafprozessualen Eingriffskompetenzen von Belang und in dieser Funktion in seiner Grundrechtserheblichkeit nicht zu unterschätzen.

Auf die handwerklichen Mängel des § 129 b StGB, insbesondere mit Blick auf den allgemeinen Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts in den §§ 3 ff. StGB und dem daraus resultierenden Erfordernis einer äußerst restriktiven Auslegung des § 129 b StGB, soll hier nur hingewiesen werden.<sup>560</sup>

## **2. Das zweite Anti-Terror-Paket**

### **a) Einleitende Bemerkungen**

Die maßgeblichen gesetzgeberischen Reaktionen auf die Anschläge vom 11. September 2001 finden sich in dem eigentlichen Terrorismusbekämpfungsgesetz vom 9.1.2002, welches hier als TBG bezeichnet wird. Dieses wiederum wird vor allem durch das Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz (TBEG) vom 9.1.2007<sup>561</sup> ergänzt bzw. modifiziert. Angesichts der Fülle der Änderungen im TBG, soll nur auf die Änderungen vertieft eingegangen werden, welche für die Untersuchung im vergleichenden Teil der Arbeit von hervorzuhebender Relevanz ist. Für eine vollständige Darstellung auch mit Blick auf die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung durch das vierte Finanzmarktförderungsgesetz vom 21.5.2002<sup>562</sup> sowie das Geldwäschebekämpfungsgesetz vom 8.8.2002<sup>563</sup> wird auf die einschlägige Literatur, insbesondere auf die umfassende Darstellung *Middels* verwiesen.<sup>564</sup>

---

<sup>558</sup> BGBl. 2002 I S. 3390.

<sup>559</sup> ABl. 1998 L 351 S. 1.

<sup>560</sup> *Middels*, Stefan S. 220 m.w.N.

<sup>561</sup> BGBl. 2007 I S. 2.

<sup>562</sup> BGBl. 2002 I S. 2010.

Auch bei diesem Gesetzesvorhaben, das zur Bekämpfung akuter, vom internationalen Terrorismus ausgehender Gefahren geschaffen wurde, ist besonders dessen rasche parlamentarische Behandlung zu bemerken. Von dem ersten Regierungsentwurf bis zur endgültigen Beschlussfassung im Bundestag vergingen lediglich zwei Monate.<sup>565</sup> Verschiedentlich wurden Bedenken hinsichtlich der Sorgfalt bei der Verabschiedung des achtzig Seiten umfassenden Regierungsentwurfs geäußert. Insgesamt entsteht der Eindruck, der Gesetzgeber habe vermeintliche Sicherheit auf Kosten des Rechtsstaates geschaffen. Insbesondere hätte es nicht geschadet mit der Beschlussfassung bis nach Weihnachten zu warten, um ein besonneneres Handeln des Gesetzgebers zu erreichen.<sup>566</sup>

Dem ist aus heutiger Perspektive entgegenzuhalten, dass sich die verschiedenen zur Terrorismusabwehr zuständigen Behörden bei der Gewährleistung innerer Sicherheit bewährt haben.<sup>567</sup> Ob die im TBG enthaltenen Ermächtigungen dafür auch tatsächlich erforderlich gewesen sind, lässt sich retrospektiv nur schwer sagen. Ob der Rechtsstaat durch das TBG Schaden genommen hat, ist jedoch einer Analyse zugänglich. Zur Beurteilung dieser Fragen werden hier akzentuiert Änderungen, die durch das TBG herbeigeführt wurden, erläutert und in das Meinungsspektrum von Kritikern und Fürsprechern eingeordnet.

## ***b) Erweiterung der Kompetenzen der Geheimdienste***

### **(1) Bundesamt für Verfassungsschutz**

#### *(a) Allgemeine Ausrichtung der Kompetenzerweiterungen*

Art. 1 TBG ändert das Bundesverfassungsschutzgesetz auf verschiedene Weise. Nach der Zielsetzung des Gesetzgebers nimmt das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) - neben dem Bundesnachrichtendienst (BND) und dem militärischen Abschirmdienst (MAD) - als eines der drei Geheimdienste des Bundes bei der Bekämpfung des internationalen

---

<sup>563</sup> BGBl. 2002 I S. 3105.

<sup>564</sup> *Middel*, Stefan S. 223 ff.

<sup>565</sup> *Middel*, Stefan S. 225.

<sup>566</sup> *Nolte*, Martin Die Anti-Terror-Pakete im Lichte des Verfassungsrechts, in: DVBl 2002, 573, 574, 578.

<sup>567</sup> Dies kann man aus der Tatsache erschen, dass bisher kein Anschlag auf deutschem Boden mit Erfolg verübt werden konnte. So wurde z.B. die sog. Sauerland-Gruppe bereits früh von den Ermittlungsbehörden entdeckt, rechtzeitig festgenommen und verurteilt. (vgl. Chronologie der Sauerland-Gruppe, [http://www1.wdr.de/themen/archiv/sp\\_sauerlandgruppe/sauerlandgruppe140.html](http://www1.wdr.de/themen/archiv/sp_sauerlandgruppe/sauerlandgruppe140.html) (zuletzt besucht am 5.8.2013).

Terrorismus eine zentrale Rolle ein. Das BfV soll nicht nur umfassend ermitteln, sondern seine Informationen mit Hilfe vergleichbarer Institutionen im Ausland optimiert sammeln und in sich bündeln können.

Zur Verwirklichung dieser Zielsetzung werden nicht nur erweiterte Kompetenzen im Bereich der Datenerhebung angeordnet. Auch die von anderen inländischen Institutionen - wie z.B. den Ausländerbehörden - erhobenen Daten zu bestimmten sicherheitsrelevanten Sachverhalten, sollen - ohne Aufforderung des BfV - an diesen weitergeleitet werden. Auch die Möglichkeiten Auskünfte von nicht öffentlichen Stellen einfordern zu können, z.B. gegenüber Telekommunikationsanbietern oder Finanzinstitutionen, werden durch die Novellierung des BVerfSchG infolge des TBG erheblich erweitert. Teilweise werden dem BfV dazu „quasi-polizeiliche Befugnisse“ eingeräumt.<sup>568</sup> Diese Kompetenzerweiterungen laufen im Wesentlichen gleich mit denen, die der MAD in der Ergänzung des MADG<sup>569</sup> durch Art. 2 des TBG erfährt.

Im Einzelnen betrachtet, geschieht durch die grundsätzliche Erweiterung des Aufgabenkreises des BfV in § 3 Abs. 1 Nr. 4 BVerfSchG eine nicht unwesentliche Erweiterung der grundsätzlichen Auslegung des BfV.

*„(1) Aufgabe der Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder ist die Sammlung und Auswertung von Informationen, insbesondere von sach- und personenbezogenen Auskünften, Nachrichten und Unterlagen, über [...]*

*3. Bestrebungen im Geltungsbereich dieses Gesetzes, die durch Anwendung von Gewalt oder darauf gerichtete Vorbereitungshandlungen auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden,*

*4. Bestrebungen im Geltungsbereich dieses Gesetzes, die gegen den Gedanken der Völkerverständigung (Artikel 9 Abs. 2 des Grundgesetzes), insbesondere gegen das friedliche Zusammenleben der Völker (Artikel 26 Abs. 1 des Grundgesetzes) gerichtet sind.“*

Ziel und Zweck dieser Befugniserweiterung war es, die in Nr. 3 angelegte Kompetenzanordnung hinsichtlich Machenschaften zu erweitern, welche vornehmlich im

---

<sup>568</sup> Mittel, Stefan S. 238 ff.

<sup>569</sup> Gesetz über den Militärischen Abschirmdienst vom 20.12.1990 (BGBl. I S. 2854) zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 18.05.2001 (BGBl. I 904).

Ausland Wirkungen entfalten. Hinsichtlich Nr. 3 war es nämlich erforderlich, eine Gewaltanwendung oder dahingehende Vorbereitungshandlungen sowie die Beeinträchtigung deutscher Interessen nachzuweisen. Nicht erfasst waren von Nr. 3 solche Bestrebungen, die sich gegen politische Gegner im Ausland richten und bei denen Gewaltanwendung oder dahingehende Vorbereitungshandlungen in Deutschland mit Auswirkungen auf die innere Sicherheit in der BRD nicht nachzuweisen waren.<sup>570</sup> Eben solche Aktivitäten sollen durch Nr. 4 nunmehr erfasst werden.

Namentlich betroffen von dieser Erweiterung sind Zusammenschlüsse und Einrichtungen afghanischer Taliban in Deutschland. Deren Bestrebungen richten sich prima facie weder gegen die Bundesrepublik Deutschland noch gegen Afghanistan, sondern vielmehr gegen politische Gegner im Ausland. Nichtsdestoweniger können sie mittelbar für die innere und äußere Sicherheit der BRD relevant werden. Diese mittelbaren, mehrstufigen und auf den ersten Blick nicht ersichtlichen Zusammenhänge, waren für den Gesetzgeber Auslöser für eine erweiterte Aufgabenanordnung des BfV. Auch für Organisationen wie „Hizb Allah“ und „Islamischer Bund Palästina“ (IBP) ist der Beweis, dass diese in Deutschland Gewalt anzuwenden beabsichtigen oder mit dahingehende Vorbereitungshandlungen befasst sind, kaum zu führen.<sup>571</sup> Sie sind deshalb aber für die innere Sicherheit der BRD nicht weniger von Interesse. Generell soll Nr. 4 Grundlage zur Beobachtung für islamistische Organisationen sein, die sich unterhalb der Schwelle der Gewaltanwendung subversiv im Bundesgebiet als „Multiplikatoren islamistischen Gedankenguts“ betätigen.<sup>572</sup>

Kritik begegnete diese Kompetenzerweiterung gerade mit Blick auf das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot. Nach verbreiteter Auffassung in der Literatur entwickelt sich Nr. 4 noch mehr als die 1972 eingeführte Nr. 3 zu einer Generalklausel bzw. einem Auffangtatbestand, mit der die Zuständigkeit des BfV stets begründet werden könne.<sup>573</sup> Es mangle an einer Konkretisierung der unbestimmten Verfassungstermini „Gedanken der Völkerverständigung“ und „friedliches Zusammenleben der Völker“.<sup>574</sup> Die Reichweite der Eingriffsermächtigungen, die dem BfV im Vergleich zu normalen Strafverfolgungsbehörden

---

<sup>570</sup> Droste, Bernadette, Handbuch des Verfassungsschutzrechts (Boorberg Verlag, Stuttgart u.a., 2007) S. 121.

<sup>571</sup> BT Drucks. 14/7386 S. 38.

<sup>572</sup> Droste, Bernadette S. 122.

<sup>573</sup> Baldus, Manfred, Nachrichtendienste - Beobachtung völkerverständigungswidriger Bestrebungen, in Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2002, 400.

<sup>574</sup> Nolte, Martin S. 574.

zukommen und die vergleichsweise geringen Schwellen, die zur Anordnungskompetenz derselben führen, lassen diese Kritik nicht unerheblich erscheinen. Mit einem griffigen Beispiel erläutert *Denninger* die Problematik:

*„Ein „Pflingsttreffen“ der Sudetendeutschen, bei dem immer und immer wieder das Unrecht ihrer Vertreibung geltend gemacht wird, kann ebenso darunter fallen wie die Forderung auf die Anerkennung der „Rückkehr“ der Palästinenser oder die propagandistische Unterstützung irgendeiner der zahllosen Autonomiebestrebungen in der Welt.“<sup>575</sup>*

In der Tat lassen allein die Verweise auf Art. 9 Abs. 2 GG und Art. 26 Abs. 1 GG nicht die Pflicht des einfachen Gesetzgebers entfallen, die unbestimmten Rechtsbegriffe zu unterfüttern. Mit Blick auf den in der Folge dargestellten Kompetenzzuwachs allein durch das TBG, wird die Anforderung an die Bestimmtheit des § 3 Abs. 1 BVerfSchG als abschließende Aufzählung der Kompetenzen mit effektiver Eingrenzungsfunktion besonders deutlich. Es steht in Frage, ob der nach Art. 1 TBG erweiterte § 3 Abs. 1 BVerfSchG dieser Aufgabe noch gerecht werden kann. Durch diese Verlagerung des Aufgabenkreises des BfV auf das Vorfeld krimineller Machenschaften, deren Wirkungen sich kaum messbar im Inland entfalten und damit keiner strafrechtlichen Norm (vgl. hierzu § 129 b StGB) zuwiderlaufen, könnte das BfV zu einem „überall einsetzbaren präventiven Überwachungsinstrument“ entarten.<sup>576</sup>

Weiterhin keineswegs unumstritten ist die Begründung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Auf diese Problematik soll hier jedoch nicht vertieft eingegangen werden.<sup>577</sup> Man beachte allerdings den mittlerweile mit Blick auf diese Problematik geschaffenen Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 a GG.<sup>578</sup>

### *(b) Die Änderungen im Einzelnen*

Aus §§ 8 bis 16 BVerfSchG geht hervor, welche Eingriffsbefugnisse das BfV „zur Erfüllung seiner Aufgaben“<sup>579</sup> in Anspruch nehmen kann. Bereits hier werden die Auswirkungen der

---

<sup>575</sup> *Denninger*, Erhard, Freiheit durch Sicherheit? Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgesetz, in: StV 2002, 96, 98.

<sup>576</sup> *Denninger*, Erhard, Freiheit S. 99.

<sup>577</sup> *Middel*, Stefan S. 228 ff. m.w.N.

<sup>578</sup> *Tams*, Christian J., Die Zuständigkeit des Bundes für die Abwehr terroristischer Gefahren - Anmerkungen zum neuen Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG, in: DÖV 2007, 367.

<sup>579</sup> § 8 Abs. 1 BVerfSchG.

Erweiterung des Aufgabenkreises in § 3 BVerfSchG deutlich. In den §§ 8 und 9 BVerfSchG werden die erweiterten Befugnisse des BfV geregelt. Dabei drehen sich die Neuregelungen des § 8 Abs. 5 - 8 BVerfSchG<sup>580</sup> vor allem um die Auskunftspflichten privater Unternehmen (Post-, Telekommunikations- und Finanzdienstleister) gegenüber dem BfV.<sup>581</sup> § 9 Abs. 4 BVerfSchG regelt den Einsatz von sog. IMSI-Catchern, mit denen die auf der Mobilfunk-Karte eines Mobiltelefons gespeicherte International Mobile Subscriber Identity (IMSI) ausgelesen und der Standort eines Mobiltelefons innerhalb einer Funkzelle eingegrenzt werden kann.

Auch der deutsche Gesetzgeber sah sich veranlasst, die Datenermittlungskompetenz der Geheimdienste und damit insbesondere die des BfV durch die Schaffung des § 8 Abs. 5 - 8 BVerfSchG erheblich zu erweitern.<sup>582</sup> Dabei sollen gerade auch private Unternehmen, die der Natur ihrer angebotenen Dienstleistungen gemäß besonders viele und empfindliche Daten einer Masse von Bürgern haben, zur Terrorismusprävention herangezogen werden. Auf diese Weise wird ein Mechanismus in Gang gesetzt, welcher als besonders konfliktträchtig zu erachten ist. Dies folgt aus der Tatsache, dass sich niemand der Datenerhebung privater Unternehmen entziehen kann, weil eine nicht zu unterschätzende Abhängigkeit jedes

---

<sup>580</sup> Seit in Kraft treten des TBEG in § 8 a BVerfSchG normiert.

<sup>581</sup> Seit dem TBEG auch gegenüber dem BND und dem MAD.

<sup>582</sup> In der Fassung des TBG lautete § 8 Abs. 5- 8 BVerfSchG:

(5) Das Bundesamt für Verfassungsschutz darf im Einzelfall bei Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten und Finanzunternehmen unentgeltlich Auskünfte zu Konten, Konteninhabern und sonstigen Berechtigten sowie weiteren am Zahlungsverkehr Beteiligten und zu Geldbewegungen und Geldanlagen einholen, wenn dies zur Erfüllung seiner Aufgaben nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 erforderlich ist und tatsächliche Anhaltspunkte für schwerwiegende Gefahren für die in § 3 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 genannten Schutzgüter vorliegen.

(6) Das Bundesamt für Verfassungsschutz darf im Einzelfall zur Erfüllung seiner Aufgaben nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 des Artikel 10-Gesetzes bei Personen und Unternehmen, die geschäftsmäßig Postdienstleistungen erbringen, sowie bei denjenigen, die an der Erbringung dieser Dienstleistungen mitwirken, unentgeltlich Auskünfte zu Namen, Anschriften, Postfächern und sonstigen Umständen des Postverkehrs einholen.

(7) Das Bundesamt für Verfassungsschutz darf im Einzelfall bei Luftfahrtunternehmen unentgeltlich Auskünfte zu Namen, Anschriften und zur Inanspruchnahme von Transportleistungen und sonstigen Umständen des Luftverkehrs einholen, wenn dies zur Erfüllung seiner Aufgaben nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 erforderlich ist und tatsächliche Anhaltspunkte für schwerwiegende Gefahren für die in § 3 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 genannten Schutzgüter vorliegen.

(8) 1Das Bundesamt für Verfassungsschutz darf im Einzelfall zur Erfüllung seiner Aufgaben nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 des Artikel 10-Gesetzes bei denjenigen, die geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste und Teledienste erbringen oder daran mitwirken, unentgeltlich Auskünfte über Telekommunikationsverbindungsdaten und Teledienstnutzungsdaten einholen. 2Die Auskunft kann auch in Bezug auf zukünftige Telekommunikation und zukünftige Nutzung von Telediensten verlangt werden. 3Telekommunikationsverbindungsdaten und Teledienstnutzungsdaten sind:

1. Berechtigungskennungen, Kartennummern, Standortkennung sowie Rufnummer oder Kennung des anrufenden und angerufenen Anschlusses oder der Endeinrichtung,

2. Beginn und Ende der Verbindung nach Datum und Uhrzeit,

3. Angaben über die Art der vom Kunden in Anspruch genommenen Telekommunikations- und Teledienstleistungen,

4. Endpunkte festgeschalteter Verbindungen, ihr Beginn und ihr Ende nach Datum und Uhrzeit.

Einzelnen von verschiedenen Dienstleistungen in der heutigen Informationsgesellschaft besteht. Diese Abhängigkeit macht sich das BfV zu nutze. Diesem werden somit eigene Ermittlungskompetenzen durch Private abgenommen.

Nach § 8 Abs. 5 BVerfSchG darf das BfV im Einzelfall bei Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstitutionen und anderen Finanzunternehmen Auskünfte verlangen zu Konten, deren Inhabern und sonstigen Berechtigten sowie weiteren am Zahlungsverkehr Beteiligten. Darüber hinaus zu Geldbewegungen im Einzelnen sowie zu Geldanlagen.<sup>583</sup> Der Gesetzgeber beabsichtigte damit, die den Terrorismus finanzierenden Kräfte ermitteln zu können. Die Änderung ist auch als Reaktion auf eine Forderung des UN-Sicherheitsrats zu verstehen.<sup>584</sup> Bemerkenswert ist, dass Kontogrunddaten für weiterführende Ermittlungen nach § 8 Abs. 5 BVerfSchG auch ohne Aufforderung des BfV von den einschlägigen Institutionen übermittelt werden können.<sup>585</sup> Dies geschieht auf Grundlage des § 28 Abs. 2 S.1 Nr. 2 b) BDSG.<sup>586</sup>

§ 8 Abs. 6 BVerfSchG ermächtigt das BfV im Einzelfall, bei Personen und Unternehmen, die geschäftsmäßig Postdienstleistungen erbringen, sowie bei denjenigen, die an der Erbringung dieser Dienstleistungen mitwirken, Auskünfte einzuholen zu Namen, Anschriften, Postfächern und sonstigen Umständen des Postverkehrs.<sup>587</sup>

Gemäß § 8 Abs. 7 BVerfSchG darf das BfV bei Luftfahrtunternehmen Auskünfte einholen zu Namen, Anschriften und zur Inanspruchnahme von Transportleistungen und sonstigen Umständen des Luftverkehrs.<sup>588</sup> Es soll hierdurch nach erklärtem Ziel des Gesetzgebers nicht zuletzt Informationen über organisatorische Strukturen des internationalen Terrorismus gesammelt und ausgewertet werden.

*„Frühzeitig und umfassend verfügbare Informationen über Reisewege ermöglichen die rechtzeitige Analyse internationaler terroristischer Gruppen oder anderer Personen im Beobachtungsbereich des Verfassungsschutzes nach*

---

<sup>583</sup> Droste, Bernadette S. 236.

<sup>584</sup> Resolution 1373 (2001) Nr. 1 lit. a).

<sup>585</sup> Droste, Bernadette S. 239.

<sup>586</sup> § 28 BDSG (2) Die Übermittlung oder Nutzung für einen anderen Zweck ist zulässig [...]

2. soweit es erforderlich ist, [...]

b) zur Abwehr von Gefahren für die staatliche oder öffentliche Sicherheit oder zur Verfolgung von Straftaten und kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung oder Nutzung hat [...].

<sup>587</sup> Droste, Bernadette S. 240.

<sup>588</sup> Droste, Bernadette S. 241.

*§ 3 Abs. 1 Nr. 2 bis 4, ihrer Ruhe- und Vorbereitungsräume, aber auch ihrer Zielgebiete.*<sup>589</sup>

§ 8 Abs. 8 BVerfSchG erfasst Auskunftsverlangen bei denjenigen, die geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste und Teledienste erbringen oder daran mitwirken hinsichtlich Verbindungsdaten und Nutzungsdaten.<sup>590</sup> Dies meint vor allem Kartennummern, Standortkennungen, Rufnummern oder Kennungen der eingehenden und ausgehenden Anrufe. Insgesamt sind auch die sog. äußeren Umstände der Telekommunikation gemeint.<sup>591</sup> Nicht erfasst ist der eigentliche Gesprächsinhalt.

Infolge der Neuregelung dieser Befugnisse zur unentgeltlichen Einholung von Auskünften, wurde durch das TBEG für alle genannten Auskunftsverlangen einheitlich das Erfordernis aufgestellt, dass diese zur Aufklärung von Bestrebungen oder Tätigkeiten erforderlich ist und tatsächliche Anhaltspunkte für schwerwiegende Gefahren für die in § 3 Abs. 1 BVerfSchG genannten Schutzgüter vorliegen. Damit werden die bis dato für die Abs. 6 und 8 besonderen Erfordernisse hinsichtlich einer Katalogtat nach § 3 Abs. 1 G 10 spürbar herabgesetzt.<sup>592</sup> Es

---

<sup>589</sup> BT Drucks. 14/7386 S. 40.

<sup>590</sup> Droste, Bernadette S. 242.

<sup>591</sup> Vgl. Definition oben unter II.B.4.b)(3).

<sup>592</sup> § 8 a BVerfSchG lautet in den Abs. 1 - 3 nach dem TBEG nunmehr: [...]

(2) Das Bundesamt für Verfassungsschutz darf im Einzelfall Auskunft einholen bei

1. Luftfahrtunternehmen zu Namen und Anschriften des Kunden sowie zur Inanspruchnahme und den Umständen von Transportleistungen, insbesondere zum Zeitpunkt von Abfertigung und Abflug und zum Buchungsweg.

2. Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten und Finanzunternehmen zu Konten, Konteninhabern und sonstigen Berechtigten sowie weiteren am Zahlungsverkehr Beteiligten und zu Geldbewegungen und Geldanlagen, insbesondere über Kontostand und Zahlungsein- und -ausgänge.

3. denjenigen, die geschäftsmäßig Postdienstleistungen erbringen oder daran mitwirken, zu den Umständen des Postverkehrs.

4. denjenigen, die geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringen oder daran mitwirken, zu Verkehrsdaten nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 des Telekommunikationsgesetzes und sonstigen zum Aufbau und zur Aufrechterhaltung der Telekommunikation notwendigen Verkehrsdaten und

5. denjenigen, die geschäftsmäßig Teledienste erbringen oder daran mitwirken, zu

a) Merkmalen zur Identifikation des Nutzers eines Teledienstes,

b) Angaben über Beginn und Ende sowie über den Umfang der jeweiligen Nutzung und

c) Angaben über die vom Nutzer in Anspruch genommenen Teledienste,

soweit dies zur Aufklärung von Bestrebungen oder Tätigkeiten erforderlich ist und tatsächliche Anhaltspunkte für schwerwiegende Gefahren für die in § 3 Abs. 1 genannten Schutzgüter vorliegen [...].

(3) Anordnungen nach Absatz 2 dürfen sich nur gegen Personen richten, bei denen

1. tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sie die schwerwiegenden Gefahren nach Absatz 2 nachdrücklich fördern, oder

2. auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist

a) bei Auskünften nach Absatz 2 Satz 1 Nr. 1, 2 und 5, dass sie die Leistung für eine Person nach Nummer 1 in Anspruch nehmen, oder

b) bei Auskünften nach Absatz 2 Satz 1 Nr. 3 und 4, dass sie für eine Person nach Nummer 1 bestimmte oder von ihr herrührende Mitteilungen entgegennehmen oder weitergeben, oder im Falle des Absatzes 2 Satz 1 Nr. 4, dass eine Person nach Nummer 1 ihren Anschluss benutzt.

entfällt auch die Kontrolle dieser Maßnahmen durch die G 10 Kommission, was eine effektive externe Kontrolle der Auskunftersuchen des BfV nahezu unmöglich macht.<sup>593</sup>

Die nunmehr grob umschriebenen Möglichkeiten des BfV auf die Informationen privater Dritter zurückgreifen zu können, sind aus verschiedenen Gründen nicht ohne Kritik geblieben. Es sei somit ein „funktionaler präventiver Fahndungsverbund zwischen den Nachrichtendiensten und der Polizei auf dem Feld der Terrorismusbekämpfung“ erschaffen worden.<sup>594</sup> Dabei reichten die bisher in §§ 18 bis 20 BVerfSchG geregelten Möglichkeiten des Informationsflusses zwischen den Sicherheitsbehörden des Bundes und der Länder völlig aus.<sup>595</sup>

Dem ist hinzuzufügen dass in diesen präventiven Fahndungsverbund auch Private eingebunden werden, die mitunter über noch empfindlichere persönliche Daten ihrer Kunden verfügen und nunmehr gehalten sind, diese preiszugeben. Damit können Persönlichkeitsprofile von Bürgern angefertigt werden, wobei der Kreis derjenigen, die von § 8 Abs. 5 bis 8 BVerfSchG erfasst sind, nicht näher umrissen wird. Da das BfV qua Definition grundsätzlich nur für den Einzelfall, welcher für dessen Aufgaben zielführend erscheint, von seinen Eingriffsbefugnissen Gebrauch machen darf, ist die entsprechende Beschränkung in § 8 Abs. 5 bis 8 BVerfSchG kein Gewinn.<sup>596</sup>

Nach § 9 Abs. 4 BVerfSchG darf das BfV sog. IMSI-Catcher zur Ermittlung des Standortes eines aktiv geschalteten Mobiltelefons sowie zur Ermittlung der Gerätenummer (IMEI) und Kartennummer (IMSI) einsetzen. Ursprünglich war erforderlich, dass eine Katalogtat nach § 3 Abs. 1 G 10 vorliegt. Nach dem TBEG ist dies nicht mehr erforderlich, was wiederum eine erhebliche Nivellierung auch dieser Befugnisseinschränkung darstellt. Daneben steht dieses technische Hilfsmittel zur Ortung einer Person, dessen Einsatz für die Strafverfolgungsbehörden gem. § 100 i StPO unter Richtervorbehalt steht, vor allem wegen seiner Eingriffsintensität sowie der Schwierigkeit einer rechtsstaatlichen Kontrolle unter

---

<sup>593</sup> Vgl. *Huber, Bertold*, Das Bankgeheimnis der Nachrichtendienste - Zur Neuregelung der Auskunftersuchen der Nachrichtendienste durch das Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz vom 9. 1. 2007, in: NJW 2007, 881, 882. NJW 2007, 881, 882.

<sup>594</sup> *Deminger, Erhard*, Freiheit S. 99.

<sup>595</sup> Ebenda.

<sup>596</sup> Ebenda.

scharfer Kritik.<sup>597</sup> Mithilfe dauernder Ortung eines Mobiltelefons ist es einfach, Bewegungsprofile der überwachten Person und somit eine Art Totalüberwachung zu ermöglichen. Jeder Schritt kann nachvollzogen werden, sofern der Netzbetreiber, von dem das BfV die nötigen Informationen bezieht, von dem Geltungsbereich der deutschen Gesetzgebung betroffen ist. Dies ist bei ausländischen Netzbetreibern noch nicht der Fall.<sup>598</sup> Die Tatsache, dass der Einsatz der IMSI-Catchers im Rahmen der Tätigkeit nicht unter Richtervorbehalt, sondern unter der regelmäßigen Kontrolle des G 10 Kontrollgremiums steht, beruhigt wenig. Der Überwachte ist während des Eingriffs in Unkenntnis darüber, dass tatsächlich jeder Schritt durch den BfV nachvollzogen wird. Die Schärfe dieses Eingriffs kann allenfalls durch eine vorherige gewissenhafte Prüfung durch den Ermittlungsrichter in das rechtsstaatlich noch vertretbare Maß an Überwachung zurückgeführt werden.

## (2) MAD und BND

Auf die Erweiterungen der Kompetenzen des MAD soll vorliegend nicht gesondert eingegangen werden. Nach den Bestimmungen des TBG bzw. des TBEG laufen sie tendenziell gleich mit denen, die das BfV erfahren hat und sind auf eine Ausweitung der Befugnisse der Geheimdienste hin zu denen der Strafverfolgungsbehörden sowie der Durchlöcherung des Trennungsgebotes<sup>599</sup> ausgelegt.

Dies spiegelt sich auch in der Erweiterung des BNDG wider. Hiernach erfährt der BND ebenso eine Erweiterung seiner Befugnisse in Bezug auf Auskunftsverlangen gegenüber privaten Institutionen. Nach Art. 3 TBG waren lediglich Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen (vgl. § 8 Abs. 5 BVerfSchG i.d.F.d. TBG) sowie Telekommunikationsunternehmen (vgl. § 8 Abs. 8 BVerfSchG i.d.F.d. TBG) von den erweiterten Ermittlungsbefugnissen in der Form von unentgeltlichen Auskunftsverlangen erfasst. Gemäß § 2 a BNDG in der Fassung des TBEG wird jedoch der gesamte Katalog der Auskunftsverlangen des BfV auch auf den BND übertragen. An die Stelle der schwerwiegenden Gefährdung der in § 3 Abs. 1 des BVerfSchG genannten Schutzgüter

---

<sup>597</sup> Müller Maguhn, Andy, Das Fernmeldegeheimnis in der Hand der Exekutive. Der IMSI-Catcher zwischen Theorie und Praxis, in: Grundrechte-Report 2002 S. 144, 145.

<sup>598</sup> Mittel, Stefan S. 242.

<sup>599</sup> Vgl. sinngemäß zum Trennungsgebot bereits oben unter II.B.4.c)(2).

müssen dabei tatsächliche Anhaltspunkte für eine schwerwiegende Gefahr für die in § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 4 und 6 G 10 genannten Gefahrenbereiche treten.

Auch im Bereich des BND sind die Auskunftsverlangen der Geheimdienste, welche durch das TBG bzw. das TBEG normiert werden, nicht mit den Mitteln der Verwaltungsvollstreckung erzwingbar.<sup>600</sup>

### *c) Das Sicherheitsüberprüfungsgesetz*

Das Sicherheitsüberprüfungsgesetz (SÜG) dient der Überprüfung von Personen, welche an besonders sicherheitsempfindlichen Arbeitsplätzen eingesetzt werden (personeller Sabotageschutz). Sicherheitsempfindliche Tätigkeiten üben nach nunmehr erweiterter Fassung des SÜG auch diejenigen aus, die an sicherheitsempfindlichen Stellen innerhalb von lebens- oder verteidigungswichtigen Einrichtungen, bei deren Ausfall oder Zerstörung eine erhebliche Gefährdung für die Gesundheit oder das Leben von großen Teilen der Bevölkerung zu befürchten oder die für das Funktionieren des Gemeinwesens unverzichtbar sind. Dies sollte eine Konkretisierung im Vergleich der vorherigen Rechtslage darstellen, welche mitunter für zu unbestimmt gehalten wurde.<sup>601</sup>

*Nolte* geht davon aus, dass diese Kritik an der mangelnden Bestimmtheit nach der Neufassung des SÜG „verstummt“.<sup>602</sup> *Denninger* hingegen kritisiert nach wie vor die Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs der „sicherheitsempfindlichen Tätigkeit“, an die zahlreiche Informationsrechte des Staates hinsichtlich der betreffenden Person anknüpfen. Vor diesem Hintergrund sei es vor allem mit Blick auf die Wesentlichkeitstheorie zu monieren, dass der Gesetzgeber „nunmehr die in der Begründung vorfindlichen, konturlosen Definitionen in den Rang von Legaldefinitionen“ erhebt.<sup>603</sup> Zumindest Regelbeispiele, wie sie in der Gesetzesbegründung Anklang finden, seien auch im Gesetzestext wünschenswert gewesen.<sup>604</sup>

Weiterhin ist zu bemerken, dass sich die bereits aus dem BVerfSchG zu entnehmende Tendenz, auch Private in die Informationsgewinnung einzubinden, im SÜG fortsetzt. Auch

---

<sup>600</sup> BT Drucks. 14/7386 S. 43.

<sup>601</sup> *Denninger*, Erhard, Stellungnahme zur Anhörung vor dem Innenausschuss des BT am 30.11.2001 BT Drucks. 14/7386 S. 1.

<sup>602</sup> *Nolte*, Martin S. 575.

<sup>603</sup> *Denninger*, Erhard, Freiheit S. 99.

<sup>604</sup> *Denninger*, Erhard, Freiheit S. 99; Ders., Stellungnahme S. 43.

Personen, die im nichtöffentlichen Sektor an einer vermeintlich sicherheitsempfindlichen Stelle tätig sind, haben sich nach dem TBG nunmehr den im SÜG vorgesehenen Prüfungen zu unterziehen. Die Bedenklichkeit dieses im Vordringen befindlichen Ermittlungsansatzes soll an späterer Stelle in Zusammenschau mit der gleichlaufenden Strömung im P. Act dargestellt werden. Gusy führt hierzu in seiner Stellungnahme vom 30.11.2001 bei der öffentlichen Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages vom TBG aus:

*„Das Sicherheitspaket II hat in der Fassung des Entwurfs alle Chancen, dasjenige Gesetz zu sein, bei welchem der Normalbürger am ehesten die Chance bekommt, in das Visier von Sicherheitsbehörden zu geraten. Denn die Bereiche der Einrichtungen aufgrund derer Sicherheitsüberprüfungen stattzufinden haben, werden in diesem Gesetz wesentlich ausgeweitet. Es kommen erstmals, jedenfalls nach dem Wortlaut des Gesetzes und der Begründung auch Stellen ins Visier, die keine staatlichen Stellen sind, die keine staatliche Betreuung mit irgendwelchen Sicherheitsaufgaben voraussetzen, und die drittens keinen Umgang mit VS-Sachen voraussetzen. Das heißt im Klartext, das könnten zahlreiche, auch gerade private und nur private Einrichtungen sein. Hier wird es wichtig sein, zu einer vertretbaren und verlässlichen Abgrenzung zu kommen.“<sup>605</sup>*

#### **d) Das BKA-Gesetz**

Auch das BKA Gesetz wird durch Art. 10 TBG punktuell verändert. Zum einen findet sich eine Erweiterung der polizeilichen Aufgaben des BKA auf dem Gebiet der Strafverfolgung. Das BKA erhält damit eine eigene Ermittlungskompetenz für die in § 303 b StGB umschriebenen Erscheinungsformen der Datennetzkriminalität. Diese Regelung trägt der Tatsache Rechnung, dass in Zukunft immer mehr mit der Weiterentwicklung terroristischer Aktivitäten gegen Datenbanken und Netzwerke empfindlicher Institutionen und deren Kommunikationssystemen zu erwarten sind.

*„Die Ermittlungsbefugnis betrifft Angriffe, die*

- zu erheblichen Auswirkungen auf die innere oder äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland führen oder*
- sich gegen Stellen richten, bei denen ein Ausfall oder eine Störung für große Bevölkerungsgruppen nachhaltig wirkende*

---

<sup>605</sup> Gusy, Christoph. 78. Sitzung des Innenausschusses vom 30.11.2001 (Bandabschrift) S. 33.

*Versorgungsengpässe oder andere kritische Folgen bedeuten kann. Dieses betrifft etwa Angriffe auf Einrichtungen der Energie- und Wasserversorgung, des Gesundheitswesens oder der Lebensmittelversorgung.*<sup>606</sup>

Die an sich nachvollziehbare Erweiterung der originären Ermittlungsbefugnisse des BKA stößt trotz der bestehenden Gefahren ausgehend vom sog. Cyber-Terrorismus auf Bedenken. Es werden wesentliche Befugnisse auf eine „höhere“, mithin zentralere Stelle delegiert, ohne das Bedürfnis hierfür klar zu formulieren und argumentativ zu unterlegen. Diese Verlagerung der operativen Befugnisse, welche schon bei den Geheimdiensten festgestellt wurde und hier ihren Fortlauf findet, widerspricht der ursprünglichen Auslegung dieser Behörden.

Schließlich erweitert das TBG Befugnisse des BKA zur Führung zentralisierter personenbezogener Datensammlungen (§ 7 Abs. 2 BKAG). Ursprünglich musste das BKA die ergänzende Sachverhaltsaufklärung über die Polizei vornehmen und war damit an deren Kompetenzgrenzen mittelbar gebunden. Dies führte auch dazu, dass das BKA an die Kapazitätsgrenzen der Polizei gebunden war. § 7 Abs. 2 BKAG legt nunmehr fest, dass das BKA, soweit dies zur Erfüllung seiner Aufgabe als Zentralstelle nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 BKAG erforderlich ist, Daten zur Ergänzung vorhandener Sachverhalte oder sonst zu Zwecken der Auswertung mittels Auskünften oder Anfragen bei öffentlichen oder nichtöffentlichen Stellen erheben kann. Diese Änderung soll die entstehenden Reibungsverluste verhindern und dem BKA ein direkteres und schnelleres Arbeiten ermöglichen. Auch hier ist eine gewisse Verselbständigung der Aufgaben und Befugnisse des BKA nicht von der Hand zu weisen.<sup>607</sup>

#### *e) Die Erweiterungen im Luftverkehrsgesetz*

Mit der Änderung des Luftverkehrsgesetzes sollten weitere Sicherheitslücken in dem empfindlichen Gebiet des immer mehr zum Massentransportmittel werdenden Luftverkehrs geschlossen werden. Es werden insbesondere Anpassungen im Rahmen der Eigensicherungsmaßnahmen der Flugplatz- und Luftfahrtunternehmen vorgenommen.

Weiterhin stellen nach Auffassung des Gesetzgebers bestimmte Arbeitsplätze der Flugplatz- und Luftfahrtunternehmen solche in besonders sicherheitsempfindlichen Bereichen dar, was

---

<sup>606</sup> BT Drucks. 14/7386 S. 52.

<sup>607</sup> *Notw.* Martin S. 575.

gem. Art. 19 Nr. 4 TBG eine erweiterte Sicherheitsüberprüfung verschiedener Arbeitnehmer bzw. eine Erweiterung der von einer Sicherheitsüberprüfung betroffenen Arbeitsplätze zur Folge hat.<sup>608</sup>

## *f) Veränderungen im Ausländerrecht*

### (1) Einleitende Bemerkungen

Einen nicht geringen Umfang nehmen die durch das TBG geschaffenen Veränderungen im Ausländerrecht ein. Hier wurden sowohl in dem seit 2004 durch das Aufenthaltsgesetz ersetzten Ausländergesetz, wie auch im Asylverfahrensgesetz – und damit in den maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerrechts - gravierende Veränderungen herbeigeführt.

Für die nun folgenden Ausführungen sei angemerkt, dass die durch das TBG herbeigeführten Veränderungen der Gesetzeslage in den entscheidenden Punkten auch heute noch Geltung beanspruchen. Da das Ausländerrecht in den vergangenen Jahren ständig verändert wurde, sind diese teilweise allerdings (mit einer komplexen Verweisungstechnik) an anderen Stellen geregelt. Für eine leichtere Lesbarkeit der Ausführungen wird die Angabe von Paragraphennummern jedoch nicht überstrapaziert.

Zu trennen ist bei der Begutachtung zwischen solchen Veränderungen, den nach verschiedenen Angleichungsbestrebungen des Gesetzgebers auf europäischer Ebene schon weit vor dem 11. September 2001 auf der Agenda standen und den direkt mit den terroristischen Attacken in Verbindung stehenden Veränderungen. Beide Bereiche wurden mit der Reform des Ausländerrechts durch das TBG miteinander verbunden. Nur die Veränderungen, welche mit den Terroranschlägen an sich in Verbindung zu bringen sind, sollen im Folgenden von Interesse sein.<sup>609</sup>

### (2) Zentrale Zielsetzungen der Änderungen im Ausländerrecht

---

<sup>608</sup> Vgl. oben unter III.B.2.c).

<sup>609</sup> Insoweit sind der Maßnahmenkatalog der Innen- und Justizminister der EU vom 20.9.2001 sowie die Resolution Nr. 1373 des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen vom 28.9.2001 zu beachten.

Der Gesetzgeber hatte vier maßgebliche Problemkreise hinsichtlich der Bedrohungen durch den internationalen Terrorismus vor Augen.<sup>610</sup> Diese wurden bereits in der Resolution Nr. 1373 des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen grundsätzlich formuliert.

Zum einen sollte eine effektive Identifizierung von (mutmaßlichen) Terroristen vor der Einreise in die BRD ermöglicht werden. Dieses Ziel war vor allem mit Blick auf die Gefahr durch sog. „Schläfer“ in der Bundesrepublik, welche sich in den Anschlägen vom 11. September 2001 nachdrücklich realisierte, in den Mittelpunkt der Debatte geraten.

Weiterhin standen bei den Änderungen durch das TBG die Sicherung der Authentizität und damit der Schutz von Identitätsdokumenten im Fokus des Gesetzgebers. Der Missbrauch der Verwendung solcher Personaldokumente sollte erschwert werden.

Ein weiteres bedeutendes Thema war das angeblich dringende Bedürfnis nach einem erleichterten Datenfluss personenbezogener (empfindlicher) Daten von Asylbewerbern bzw. sich um einen Aufenthaltstitel bemühenden Ausländern. Der beschleunigte Informationsfluss über Terrorismusverdächtige bzw. Terroristen zwischen den Institutionen der Exekutive im In- und Ausland scheint für den Gesetzgeber ein Schlüsselbegriff in der Bewältigung der durch Ausländer möglicherweise erwachsenden terroristischen Bedrohung zu werden.

Durch diese Bemühungen im TBG soll schließlich auch die Verhinderung des Missbrauchs des Flüchtlingsstatus für terroristische Aktivitäten erleichtert werden.

### (3) Verhinderung des Missbrauchs des Flüchtlingsstatus

§ 51 Abs. 1 AuslG (heute § 60 Abs. 1 AufenthG) sah vor, dass in Anwendung des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge ein Ausländer nicht in einen Staat abgeschoben werden darf, in dem sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht ist. Nunmehr gilt gemäß Art. 11 Ziff. 9 TBG, dass Absatz 1 keine Anwendung findet,

---

<sup>610</sup> In der folgenden Reihenfolge dargelegt in *Huber, Berthold*, Die Änderungen des Ausländer- und Asylrechts durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz, in: NVwZ 2002, 787 sowie *Marx, Reinhard*, Reinhard, Zu den ausländer- und asylrechtlichen Bestimmungen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes, in: ZAR 2002, 127.

*„wenn aus schwerwiegenden Gründen die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Ausländer sich hat Handlungen zuschulden kommen lassen, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwiderlaufen.“<sup>611</sup>*

Abgesehen davon, dass *Huber* der Auffassung ist, die Einschränkung dieses essentiellen Flüchtlingsrechts sei „gesetzestechnisch falsch platziert“, ist sein Hinweis auf ein Urteil des EGMR mit Blick auf Art. 3 EMRK<sup>612</sup> bemerkenswert.<sup>613</sup> Dieser entfalte gerade auch in Abschiebungsfällen seine Bedeutung.<sup>614</sup>

*„Das Verbot, wie es von Art. 3 EMRK gegen Mißhandlung vorgesehen ist, gilt gleichermaßen absolut in Abschiebungsfällen. Wann immer folglich stichhaltige Gründe für die Annahme aufgezeigt worden sind, daß eine Person im Falle ihrer Überstellung an einen anderen Staat einem realen Risiko ausgesetzt ist, einer mit Art. 3 EMRK unvereinbaren Behandlung unterworfen zu werden, ist für den Fall der Abschiebung die Verantwortlichkeit des Vertragsstaates, sie gegen solche Behandlung zu schützen, begründet [...]. Unter solchen Umständen können die Aktivitäten der fraglichen Person, so unerwünscht oder gefährlich sie auch sein mögen, kein relevanter Gesichtspunkt sein. Der von Art. 3 EMRK gebotene Schutz geht insoweit über denjenigen nach Art. 32 und 33 GenfKonv. hinaus.“<sup>615</sup>*

Nach der Rechtsprechung des EGMR ist der aus Art. 3 EMRK erwachsende Schutz als absolut anzusehen; damit hat der aus dem Folterverbot nach gefestigter Rechtsprechung herzuleitende Abschiebungsschutz ebenfalls absoluten Charakter.<sup>616</sup> Eine Relativierung des in § 51 Abs. 1 AuslG a.F. niedergelegten Grundsatzes, dass ein Ausländer nicht in einen Staat abgeschoben werden, in dem sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht ist, scheint folglich mit Blick auf diese Rechtsprechung des EGMR fragwürdig. Art. 11 Ziff. 9 TBG führt nämlich eine Durchbrechung dieses absoluten Schutzes herbei, indem es - in vager Formulierung - eine

---

<sup>611</sup> Nunnmehr über einen Verweis des § 60 Abs. 8 AufenthG zu § 3 Abs. 2 AsyIViG.

<sup>612</sup> „Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden.“

<sup>613</sup> So auch *Marx*, Reinhard S. 133, der diese Neuerung durch Art. 11 Ziff. 9 TBG als „systemfremd“ bezeichnet.

<sup>614</sup> *Huber*, Berthold, Änderungen des Ausländer- und Asylrechts S. 791.

<sup>615</sup> *Chahal v. UK* EGMR NVwZ 1997, 1093, 1096.

<sup>616</sup> *Chahal v. UK* EGMR NVwZ 1997, 1096.

Abschiebung zulässt, sofern ein Ausländer sich hat Handlungen zuschulden kommen lassen, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwiderlaufen. Damit geht Art. 11 Ziff. 9 TBG über die Einschränkungen des Flüchtlingsschutzes aus Art. 33 Abs. 2 GK hinaus.<sup>617</sup>

Das vom EGMR entwickelte Konzept des absoluten Schutzes hat infolge der Anschläge vom 11. September 2001 allerdings Kritik erfahren mit Blick auf die völlig ungeahnten Dimensionen, die die Gefahren des internationalen Terrorismus angenommen habe. So führt *Hailbronner* in seiner Stellungnahme zum Entwurf des TBG aus:

*„[...]all das ändert nichts daran, dass wir auf Grund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte[...]einen Abschiebungsschutz haben, bei drohender unmenschlicher oder erniedrigender Handlung oder Strafe. Dieser Abschiebungsschutz [...]ist absolut, das bedeutet, selbst in einem Fall eines srilankesischen Terroristen auch für anwendbar erklärt wurde, selbst wenn die britischen Sicherheitsbehörden konkrete Anhaltspunkte dafür haben, dass diese Person sich terroristisch betätigt hat. Das erscheint mir – ich hab das versucht in der Literatur darzulegen, mit geringem Erfolg, gebe ich zu – [...]völkerrechtlich kaum haltbar und es erscheint mir auch eine falsche Auslegung der EMRK, aber es ist die Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Das schließt allerdings nicht aus, dass man auf der staatlichen Ebene Überlegungen anstellt, wie man umgeht mit terroristischer Betätigung in bestimmten Fällen, zumal berücksichtigt werden muss, dass der Gerichtshof den Begriff der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung außerordentlich weit ausgedehnt hat. Er hat es sogar ausgedehnt auf eine Situation, in der nicht einmal einem Staat ein Vorwurf gemacht werden kann. Also allein die miserablen Lebensbedingungen können u. U. schon eine unmenschliche Behandlung darstellen. Bin Laden könnte wohl kaum bei dieser Rechtsprechung, in einer Situation, in der in Gefängniszellen keine ausreichenden humanitären Bedingungen vorhanden sind, abgeschoben werden, in einen Staat, in dem ihm dort der Prozess gemacht würde.“<sup>618</sup>*

---

<sup>617</sup> *Marx*, Reinhard S. 132, der vertiefter zur Frage der (Un-)Vereinbarkeit des neuen Ausschlussgrundes mit völkerrechtlichen Grundsätzen Stellung bezieht.

<sup>618</sup> *Hailbronner*, Kay, 78. Sitzung des Innenausschusses vom 30.11. 2001 (Bandabschrift) S. 75.

Es wird deutlich, dass anhand konzipierter Szenarien versucht wird - nicht nur durch die Politik, sondern auch von Vertretern der Rechtswissenschaft - grundsätzliche Schutzstandards in Frage zu stellen, die aufgrund des Voranschreitens humanitärer Gesichtspunkte im nationalen wie auch im internationalen Recht, bereits Fuß gefasst hatten.

#### (4) Weitere Änderungen

Ein weiterer bemerkenswerter Punkt in der Novellierung des Ausländerrechts durch das TBG sind die Änderungen im Bereich der Personaldokumente. Aufenthaltsgenehmigungen sollen nach Art. 11 Ziff. 2 TBG neben dem Lichtbild und der eigenhändigen Unterschrift nunmehr auch weitere biometrische Merkmale enthalten.<sup>619</sup> Anders als im Pass- und Personalausweisgesetz bedarf die Konkretisierung der einzelnen Merkmale im Ausländerrecht allerdings keines formellen Gesetzes als Rechtsgrundlage, sondern kann durch eine Rechtsverordnung der Exekutive näher geregelt werden. Zu Recht fragt *Nolte* nach dem Grund für diese Unterscheidung.<sup>620</sup> Es stellt sich die Frage, ob die Wesentlichkeitstheorie nach Auffassung des Gesetzgebers nur zugunsten Deutscher und nicht für Ausländer gilt.

Ein weiterer Unterschied dieser Art findet sich in § 78 Abs. 5 AufenthG (§ 5 Abs. 7 AuslG a.F.). Die künftig nach § 4 Abs. 3, 4 PassG bzw. § 1 Abs. 2 PersAuswG in einem deutschen Pass oder Personalausweis enthaltenen verschlüsselten Merkmale dürfen lediglich zur Überprüfung der Echtheit des Dokuments sowie zur Identitätsüberprüfung entschlüsselt und eingesehen werden.<sup>621</sup> Einen anderen Maßstab legt der Gesetzgeber an Aufenthaltsgenehmigungen und dem vergleichbare Personaldokumente von Ausländern an. In Art. 11 Ziff. 2 TBG heißt es:

*„Öffentliche Stellen können die in der Zone für das automatische Lesen enthaltene Daten zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben speichern, übermitteln und nutzen.“*

Auch eine Vorschrift, nach der der Inhaber des Personaldokuments von der Behörde Auskunft über die in dem Dokument verschlüsselten Merkmale erlangen, fehlt für Inhaber der im Ausländerrecht vorgesehenen Personaldokumente. Ein deutscher Pass- bzw. Personalausweisinhaber hat hingegen einen in § 16 Abs. 6 PassG bzw. § 3 Abs. 5

<sup>619</sup> Vgl. unten zu Pass und Personalausweisen III.B.2.g).

<sup>620</sup> *Nolte*, Martin S. 577.

<sup>621</sup> *Huber*, Berthold, Änderungen des Ausländer- und Asylrechts S. 788.

PersonalauswG ausdrücklich normierten Auskunftsanspruch. Wie der Gesetzgeber diese Ungleichbehandlung zu rechtfertigen beabsichtigt, ist offen. *Denninger* hält ein Redaktionsversehen für denkbar.<sup>622</sup>

Das durch das TBG modifizierte Ausländerrecht enthält zahlreiche ähnliche Veränderungen, die eine umfassendere und tiefergehende Informationsübermittlung von empfindlichen persönlichen Daten von Ausländern möglich macht. Bestehen Zweifel über den Herkunftsstaat des Ausländers, können diese durch die Aufzeichnung und anschließende Auswertung des gesprochenen Wortes der Ausländer nach deren Zustimmung ausgewertet werden. Diese Möglichkeit besteht indes nicht mehr nur zur Identifikation der Person, sondern eine solche Aufzeichnung der Stimme ist auch vorgesehen, wenn die Annahme besteht, dass die betreffende Person die freiheitliche demokratische Grundordnung oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet oder sich bei der Verfolgung politischer Ziele an Gewalttätigkeiten beteiligt oder öffentlich zu Gewaltanwendung aufruft oder mit Gewaltanwendung droht oder wenn Tatsachen belegen, dass er einer Vereinigung angehört, die den internationalen Terrorismus unterstützt, oder er eine derartige Vereinigung unterstützt. Damit geht das TBG weit über die ursprüngliche Zielbestimmung hinaus.<sup>623</sup> Das Ausländerrecht wird so zu einem Massendatenerhebungsinstrument.

Durch die Veränderungen im TBG (insbes. Art. 11 Ziff. 3) werden weiterhin neue Versagungsgründe zur Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung eingefügt.

Auch im AsylVfG finden sich ähnlich gelagerte Erweiterungen der Eingriffsbefugnisse der Behörden. Insbesondere erweitert Art. 12 TBG die Ermächtigungen, die Identität eines um Asyl Bittenden zu ermitteln. Auch hier sind die bereits erwähnten Sprachaufzeichnungen nach vorheriger Unterrichtung vorgesehen. Auch deren Verarbeitung und Nutzung werden erheblich vereinfacht. Eine Vernichtung der Daten ist nur unter erhöhten Anforderungen vorgesehen. Art. 12 Ziff. 1 b) TBG sieht hinsichtlich der so gewonnenen Daten folgendes vor:

*„Die Verarbeitung und Nutzung der nach Absatz 1 gewonnenen Unterlagen ist auch zulässig zur Feststellung der Identität oder Zuordnung von Beweismitteln für Zwecke des Strafverfahrens.“*

---

<sup>622</sup> *Denninger*, Erhard, Freiheit S. 100.

<sup>623</sup> *Nolte*, Martin S. 577.

In diese Richtung gehen auch die Änderungen im Gesetz über das Ausländerzentralregister (AZRG). Art. 13 TBG sieht eine umfassende Speicherung von Daten über Ausländer zum Zwecke der Unterstützung anderer Behörden auch für den Fall vor, dass der Ausländer wegen einer Straftat nach dem Ausländergesetz verurteilt wurde. Als wichtigste Änderung wird jedoch der Ausbau der bisherigen AZR-Visadatei zu einer Visaentscheidungsdatei begriffen.<sup>624</sup> Damit wird nicht zuletzt Polizeibehörden bei allgemeinen Personenkontrollen ein direkter Zugriff auf dieses Register ermöglicht, um zu ermitteln, ob im konkreten Fall ein gültiges Visum vorliegt. Auch auf andere personenbezogenen Daten besteht darüber hinaus für eine Vielzahl von Behörden nunmehr direkter Zugriff. Es entsteht der „gläserne Immigrant“.

Nach Art. 1 Ziff. 6 c) TBG besteht für das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge und die Ausländerbehörden der Länder die Pflicht solche Informationen über Ausländer an das BfV zu übermitteln, welche den ebenfalls erweiterten Tatbestand des § 3 Abs. 1 BVerfSchG erfüllen.<sup>625</sup> Nach der Gesetzesbegründung sollen damit vor allem „gewaltgeneigte Bestrebungen in Deutschland“ erfasst werden. Tatsächlich gibt der Wortlaut jedoch sehr viel mehr her. *Marx* hält diese Neuregelung in § 18 Abs. 1 a BVerfSchG für zu unbestimmt und gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßend. Dies begründet er damit, dass die Behörden nach den insoweit ineinandergreifenden Vorschriften zu einer zu extensiven Datenübermittlungspraxis gezwungen werden.<sup>626</sup>

### *g) Personaldokumente*

Im Bereich der Personaldokumente bemüht sich der Gesetzgeber in den Art. 7 und 8 TBG Missbrauchsmöglichkeiten durch Herstellung eines falschen Passes bzw. Personalausweises mit Phantasiedaten, Daten einer toten oder vermissten Person oder durch eine sog. Identitätsvervielfachung zu erschweren. Daher sieht das TBG für Inländer Ergänzungen des Pass- und Personalausweisgesetzes und für Ausländer ähnliche Änderungen der Vorschriften über Aufenthaltsgenehmigungen und Ausweisersatzdokumente (§§ 5, 39 AuslG) vor. Insbesondere werden in diesen Dokumenten nunmehr zusätzliche biometrische Merkmale in verschlüsselter Form aufgenommen.

---

<sup>624</sup> *Huber*, Berthold, Änderungen des Ausländer- und Asylrechts S. 792.

<sup>625</sup> Vgl. oben unter III.B.2.b).

<sup>626</sup> *Marx*, Reinhard S. 135.

Art. 7 Ziff. 1 b) TBG sieht vor, dass die Arten der biometrischen Merkmale sowie die Art ihrer Speicherung, Nutzung und sonstiger Verarbeitung durch weiteres Bundesgesetz geregelt werden soll. Dies soll wegen der nicht geringen Eingriffsintensität hinsichtlich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung dem Wesentlichkeitsgrundsatz Rechnung tragen. Hinsichtlich der Ausweisdokumente von Ausländern (Aufenthaltsgenehmigungen nach § 5 sowie Ausweisersatz nach § 39 AuslG) sollen diese Einzelheiten jedoch lediglich in einer einfachen Rechtsverordnung der Exekutive geregelt werden.<sup>627</sup>

---

<sup>627</sup> *Denninger, Erhard, Freiheit* S. 100.

## **IV. Ein erster Vergleich der gesetzgeberischen Reaktionen**

### **A. Allgemeines**

Es gilt zunächst festzustellen, welche der dargestellten Gesetzgebungsakte bzw. Rechtsmaterien überhaupt einer vergleichenden Betrachtung zugänglich sind. Diese Filterfunktion sollen die folgenden Ausführungen erfüllen. Die historischen Grundlagen der Terrorismusgesetzgebung werden hierbei ebenso in den Blick zu nehmen sein, wie die Rechtsmaterie vor und nach dem 11. September 2011.

Es ist bereits zu Beginn der vergleichenden Darstellung grundsätzlich zu betonen, dass nur die USA und nicht die BRD von den Anschlägen des 11. September direkt betroffen waren. Die Terroristen des 11. September waren zwar in Deutschland zeitweise wohnhaft. Das Bedrohungsszenario, vor dessen Hintergrund die Gesetzgebung in der BRD nach dem 11. September erlassen wurde, ist mit dem in den USA jedoch kaum vergleichbar. Gerade deshalb wird hinsichtlich der vergleichenden Betrachtung ein Augenmerk auf die RAF Gesetzgebung zu richten sein. In den 1970er Jahren war auch Deutschland direkt betroffen von brutalen terroristischen Anschlägen. Dies ist an den gesetzgeberischen Reaktionen ablesbar, sodass die Nähe der deutschen Terrorismusgesetzgebung zum P. Act deutlich wird und sich zwei im Grundsatz durchaus vergleichbare Ansätze der Anti-Terrorismusgesetzgebung abzeichnen.

Zur Klärung der Frage, welche der gesetzgeberischen Änderungen überhaupt miteinander verglichen werden können, wird unter IV.C. die Reichweite der gesetzgeberischen Akte dargelegt. Die im deskriptiven Teil der Arbeit herausgearbeiteten Maßnahmen lassen sich nach Auffassung des Verfassers hinsichtlich ihres Charakters in unterschiedliche Stufen einteilen. Diese Kategorisierung begegnet den fließenden Übergängen der Maßnahmen von besonders weitreichenden hin zu weniger bedeutsamen Änderungen und kann daher nie eine vollständig trennscharfe Abgrenzung ermöglichen. Dennoch ist sie zum leichteren Umgang mit der vielfältigen und umfangreichen Anti-Terrorismusgesetzgebung in Deutschland und den USA hilfreich. Es wird hier nicht zuletzt darzustellen sein, welche Auswirkungen die Bezeichnung War on Terror für den Kampf eines Rechtsstaates gegen die Herausforderungen des globalen (islamistischen) Terrorismus auf die Reaktion desselben in gesetzgeberischer Hinsicht hat und wie tiefe Spuren der Kontaktsperrebeschluss des BGH aus dem Jahre 1977 hinterlassen hat. Weiterhin wird zu beleuchten sein, wie gefährlich solche Änderungen sind,

die scheinbar nur technische Änderungen oder nur geringfügige Erweiterungen der Ermittlungsbefugnisse von Geheimdiensten und Strafverfolgungsbehörden zum Gegenstand haben. Das Trennungsgebot wird für diesen Vorgang als Beispiel dienen. Weniger umfangreich soll auf rein technische Maßnahmen zur Schließung bestehender gesetzgeberischer Lücken hingewiesen werden. Auch bei solchen Modifikationen des bestehenden Rechts kann der Grad zu (vielleicht sogar ungewollten) tiefgreifenden Veränderung des Rechtssystems leicht überschritten werden.

Schließlich wird im Übergang zu dem grundrechtlichen Vergleich in Teil V.C. der Arbeit ein grundsätzlicher Vergleich des Spannungsverhältnisses zwischen informationeller Privatsphäre und der Anti-Terrorismusgesetzgebung in Deutschland und den USA dargelegt werden. Unter Zugrundelegung der sich abzeichnenden strukturellen Unterschiede und Parallelen, sind hier die einzelnen Elemente der Gesetzgebungsakte zu untersuchen. Dazu gehören nicht zuletzt die Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. des Right to Privacy, welche durch die amerikanische, wie auch die deutsche Terrorismusgesetzgebung im Rahmen der Erweiterung geheimdienstlicher und strafverfolgungsbehördlicher Eingriffsermächtigungen gezielt vorbereitet werden.

## **B. Historischer Hintergrund**

Zum einen weisen sowohl die amerikanische, wie auch die deutsche Gesetzgebung gewisse Elemente auf, welche in den spezifischen geschichtlichen Hintergründen des jeweiligen Rechtsstaates ihre Begründung finden und nur durch diese Eigenheiten zu erklären sind. Auf der anderen Seite sind in der BRD und den USA in der zweiten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts trotz des grundauf unterschiedlichen geschichtlichen Umfeldes bemerkenswert gleichlaufende Tendenzen erkennbar. Aus diesem Grunde ist auch ein Vergleich des historischen Verlaufs der Terrorismusgesetzgebung nicht nur sinnvoll, sondern für ihr Verständnis unbedingt erforderlich.

Parallelen finden sich zunächst insoweit, als sowohl die USA als auch die BRD in der Geschichte nach dem Zweiten Weltkrieg sich mit einer internationalen Bedrohung auseinandersetzten. In den USA wurde der Kampf gegen angebliche subversive Strömungen

in der amerikanischen Gesellschaft mit dem bereits erwähnten COINTELPRO<sup>628</sup> bekämpft. Die Methode bei der Bekämpfung, war vor allem dadurch gekennzeichnet, eine Masse an Informationen über angebliche Verdächtige anlassunabhängig zu sammeln. Schon damals war demnach als probates Mittel anerkannt, die dahingehenden Kompetenzen der Ermittlungsbehörden - insbesondere die des FBI unter *Hoover* - unter Zurückstellung jeglicher verfassungsrechtlicher Bedenken mit diesem Ziel zu erweitern. Dies führte zu versteckten Eingriffen gegen vielfach völlig Unbeteiligte.<sup>629</sup>

Jedenfalls hinsichtlich der methodischen Herangehensweise, finden sich in den sechziger und siebziger Jahren zurzeit der APO und der ihr folgenden RAF in Deutschland deutliche Parallelen. Durch die Einführung zahlreicher Kompetenzen zur anlassunabhängigen Informationssammlung wurde es auch den deutschen Ermittlungsbehörden ermöglicht, in den privaten Lebensbereich der Bürger einzudringen. Entscheidender Unterschied in Deutschland war, dass hier tatsächlich eine akute Bedrohung für das geordnete Gemeinwesen sowie für Leib und Leben Einzelner ausgehend von der RAF bestand. Dies entspricht nicht der Situation zu Zeiten des COINTELPRO in den USA. Hier wurden zur Durchsetzung politischer Ziele unter dem Druck des Kalten Krieges die Ermittlungsbehörden so weit für politische Zwecke instrumentalisiert, dass sich diese letztlich in einer Art vorausseilenden Gehorsams zu Überwachungssystemen entwickelt haben, die schon lange den Boden der amerikanischen Verfassung verlassen hatten. Dies zeigen vor allem die Tatsache, dass zur Aufklärung dieser Verbrechen das Church Committee<sup>630</sup> eingesetzt wurde sowie deren Ergebnisse.<sup>631</sup>

Auch bei Zugrundelegung der grundsätzlichen Unterschiede hinsichtlich der tatsächlich bestehenden Gefahr in beiden Ländern bleibt festzustellen, dass in den sechziger und siebziger Jahren, sowohl in Deutschland, als auch in den USA zur Abwehr internationaler (Schein-)Bedrohungen die Macht der Informationen über den einzelnen Bürger als wesentliches Element sicherheitspolitischer Interventionen erkannt wurde. Selbst wenn man diese Erkenntnis nicht als Novum ansieht, werden in den genannten Dekaden im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung die Grundsteine für die Tragweite der systematischen Informationssammlung gelegt. Die Diskussion um das Recht auf informationelle

---

<sup>628</sup> Vgl. oben unter II. A. 3.

<sup>629</sup> Vgl. oben unter II. A. 3., insbesondere im Hinblick auf die Ergebnisse der Untersuchungen des Church Committee.

<sup>630</sup> Vgl. oben unter II. A. 3.

<sup>631</sup> Vgl. oben unter II. A. 3.

Selbstbestimmung bzw. des Right to (Information) Privacy war noch in ihren Anfängen, während sich eine Tradition anlassunabhängiger Informationssammlung über deutsche und amerikanische Bürger bereits weit entwickelt hatte.

Weiterhin scheinen weder die BRD, noch die USA die tatsächliche Gefahr des internationalen Terrorismus bis zum 11. September 2001 erkannt zu haben. Trotz der - auch in Europa - gegenwärtigen Angriffe gegen amerikanische Einrichtungen, sah sich die Politik erst nach den Anschlägen vom 11. September zu einer Revision des Verhältnisses von Sicherheit und Freiheit unter Berücksichtigung der globalisierten Verhältnisse veranlasst. Nur so ist zu erklären, dass in direkter Antwort auf diese Anschläge das TBG sowie der P. Act in atemberaubender Geschwindigkeit zu geltendem Recht werden konnten. Eben diese Geschwindigkeit der Kodifizierung zeigt zum einen, dass aus Sicht des Gesetzgebers zuvor gravierende Lücken in der Sicherheitsgesetzgebung vorhanden gewesen sein müssen, welche dem internationalen Terrorismus einen großen Handlungsspielraum verschafft haben. Zum anderen wird an vielen Vorschriften deutlich, dass nach den Anschlägen die Schöpfer der neuen Sicherheitsarchitektur in Deutschland und den USA die Gunst der Stunde zu einer tiefgreifenden Wesensveränderung der Sicherheitsphilosophie nutzten. Dies hatte teilweise eine Unterwanderung verfassungsrechtlicher Grundsätze zur Folge.

### **C. Reichweite der Änderungen**

#### **1. „Systemrelevanz“**

Um im Fortlauf der Arbeit nur die Elemente der Terrorismusgesetzgebung einer vergleichenden Analyse zu unterziehen, die ihrem Charakter nach auch tatsächlich vergleichbar sind, wird die Systemrelevanz der einzelnen Änderungen untersucht. Systemrelevante Änderungen in diesem Sinne sind nach ihrer Ausrichtung und Wirkung so weitgehend, dass sie Struktur und Inhalt rechtsstaatlicher Grundprinzipien aushebeln oder weitgehend relativieren. Davon zu unterscheiden sind solche gesetzgeberischen Anpassungen, die nur einzelne technische Änderungen beispielsweise hinsichtlich der Vorgehensweise der Ermittlungsbehörden zur Folge haben. Diese können als Ganzes betrachtet in ihrem Zusammentreffen allerdings auch (schleichende) Systemrelevanz erreichen.

## 2. Systemrelevante Änderungen

Es treten sowohl in den USA wie auch in Deutschland (hier wird aus genannten Gründen auch auf die RAF Gesetzgebung abgestellt) einzelne Akte der dargestellten Anti-Terrorismusgesetzgebung als nicht vereinbar mit elementaren rechtsstaatlichen Grundsätzen hervor.

### a) *War on Terror / Military Commissions*

Die Military Order, die in den USA bis zum Jahr 2006 Gültigkeit beanspruchte, findet in der deutschen Nachkriegsgeschichte nur bedingt ein Pendant. Durch eine Rechtsverordnung derart tiefgehende Eingriffe in die fundamentalsten Grundrechte zu legitimieren, ist dem aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Vorbehalt des Gesetzes sowie den in den Grundrechten angelegten Einschränkungsmöglichkeiten fremd.<sup>632</sup> Auch in den USA erkannte der Supreme Court, dass eine derartige Übergehung des Parlaments einen Verstoß auch gegen verfassungsrechtliche Grundprinzipien in den USA darstellt.<sup>633</sup>

Wie es zur M.O. kam, lässt sich vor allem an dem zuerst in den USA verwendeten Begriff des War on Terror festmachen. Hier soll nicht im Detail geklärt werden, inwieweit es völkerrechtlich vertretbar ist, im Kampf gegen den internationalen Terrorismus das Kriegsrecht anzuwenden. Gerade im Bereich der sog. asymmetrischen Konflikte, welche in den letzten Jahrzehnten nicht nur im Bereich des islamistischen Terrorismus an Bedeutung gewonnen haben, ist eine komplexe Diskussion im Fluss, auf die verwiesen werden kann.<sup>634</sup> Bemerkenswert für die hier zu führende Auseinandersetzung ist, wie weitreichend diese „Kriegserklärung“ gegenüber dem internationalen Terrorismus gewesen ist und mit welcher Macht die amerikanische Regierung auch nach *Hamdan v. Rumsfeld*<sup>635</sup> an ihr festhielt.

Zunächst wurde versucht, die Kriegserklärung des Präsidenten *Bush* und damit insbesondere die Anwendbarkeit des Kriegsrechts zu rechtfertigen. In einem Kurzgutachten für den Kongress wurde bereits am 29. Oktober 2001 die Einordnung des Konflikts als dem

---

<sup>632</sup> Herzog, Roman; Grzeszick, Bernd. in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar. Roman Herzog u.a. (Hrsg.) (München. C.H. Beck. 53. Auflage 2009) Art. 20 GG Rn. 83-87.

<sup>633</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557.

<sup>634</sup> Pejfic, Jelena. Terrorist Act and Groups: A Role for International Law?. in: British Yearbook of International Law (2004) 75 BYIL 71. ff. m.w.N. ; Scheidte, Christina. Asymmetrische Konflikte - Kapitulierte das humanitäre Völkerrecht vor neuen Formen der Gewalt?. in: HFR 2009, 220 Rn. 13.

<sup>635</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557 vgl. oben unter II.B.5.c) und II.B.5.d).

Kriegsrecht unterworfen qualifiziert.<sup>636</sup> Hier wird als Präzedenzfall *Ex Parte Quirin* herangezogen, ohne dessen historisches und argumentatives Gegenstück (*Ex Parte Milligan*) zu nennen, auf das schließlich der Supreme Court unter anderem die Verfassungswidrigkeit der Militärtribunale auf Grundlage der M.O. stützt.<sup>637</sup> Bemerkenswert ist vor allem, dass trotz der Revision durch den Supreme Court, der status quo nicht verändert, sondern vielmehr durch die Verabschiedung des MCA 2006 zementiert wurde. Eine verfassungswidrige Verordnung der Exekutive wurde in ein Parlamentsgesetz gegossen, welches denselben Inhalt aufweist und noch heute Geltung beansprucht. An diesem Umstand wird die besondere Schwere dieses systemrelevanten Eingriffs der Exekutive und schließlich des parlamentarischen Gesetzgebers deutlich. Infolge der Einordnung des Kampfes gegen den internationalen Terrorismus als War on Terror wurde eine Rechtsordnung neben der bestehenden geschaffen, welche bis heute in Gestalt des Guantánamo Lagers Auswirkungen auf hunderte deportierte mutmaßliche Terroristen hat.<sup>638</sup> Diese Durchbrechung rechtsstaatlicher Prinzipien ist als systemrelevanter Bruch durch die Anti-Terrorismusgesetzgebung zu bezeichnen. Gerade die Bestätigung dieser Praxis in *Hamdan v. Rumsfeld*<sup>639</sup> durch den parlamentarischen Gesetzgeber zeigt jedoch das Ausmaß der strukturverändernden Tragweite dieses Bruchs mit rechtsstaatlichen Werten. Wurde einmal unter dem Eindruck der Anschläge vom 11. September 2001 das Feindbild des islamistischen Terrorismus aufgebaut und innerhalb kürzester Zeit diesem Kampf der Status eines War on Terror verliehen, waren alle Dämme gebrochen. Ähnlich wie der Umgang mit den japanischstämmigen Amerikanern nach Pearl Harbor<sup>640</sup> fand seit 2001 eine staatlich angeordnete Deportation hunderter Personen ohne Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens statt, welche bis heute Wirkung entfaltet.<sup>641</sup> Die Systemrelevanz dieser Vorgänge - ausgehend von der M.O. und dem MCA 2006 - kann nicht überbewertet werden.

Erwähnenswert ist im Rahmen der Bewertung der Begrifflichkeit War on Terror ebenfalls, dass die maßgeblichen Veränderungen hinsichtlich der Überwachungstätigkeit der Geheimdienste (FISA) unter dem Gesetzestitel „War and national Defense“ verortet sind.<sup>642</sup>

---

<sup>636</sup> *Elsea*, Jennifer K., Trying Terrorists as War Criminals. CRS REP. NO. RS21056 (Congressional Research Service, The Library of Congress, 29.10.2001).

<sup>637</sup> Vgl. bereits oben unter II.B.5.c).

<sup>638</sup> *Emcke*, Carolin, „Obamas Schande“, in: DIE ZEIT Nr. 3/12 S. 11 ff.

<sup>639</sup> *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court) 548 U.S. 557 vgl. oben unter II.B.5.c) und II.B.5.d).

<sup>640</sup> Vgl. oben unter II.A.2.

<sup>641</sup> *Emcke*, Carolin S. 11 ff.

<sup>642</sup> Vgl. oben unter II.B.4.c).

## *b) Kontaktsperre*

Wenn auch in Deutschland nicht in dem Ausmaß wie in den USA hinsichtlich der M.O. und des MCA 2006 ein Krieg gegen den internationalen Terrorismus geführt wird bzw. wurde, sind dennoch auch in der deutschen Gesetzgebung gegen den Terrorismus systemrelevante Änderungen zu verzeichnen.

Hier tritt noch einmal die Bedeutung der RAF Gesetzgebung als direktes Vergleichsobjekt zu der amerikanischen Antwort auf den 11. September 2001 hervor. Offenbar zeigt sich vor allem in akuten Bedrohungsszenarien eine gewisse Neigung, von den grundsätzlichen rechtsstaatlichen Grundsätzen abzuweichen. Ein solches bestand in den USA nach dem 11. September 2001 und in Deutschland zum Höhepunkt des deutschen Herbstes.<sup>643</sup>

Mit der Anordnung der Kontaktsperre durch den Justizminister des Landes Baden-Württemberg am 09.09.1977 wurde ein schwerwiegender Vorgang in Gang gebracht. Auf § 34 StGB wurde die dem deutschen Strafprozessrecht fremde - weil gegen elementare Fairnessgebote verstoßende - völlige Isolierung der Baader-Meinhof-Häftlinge angeordnet.<sup>644</sup> Es fand kein Kontakt mehr mit der Außenwelt und vor allem kein Kontakt mehr mit den Wahlverteidigern statt. Für die Zeit der Kontaktsperre war das Institut der Wahlverteidigung abgeschafft. Der BGH billigte dieses Vorgehen am 23.09.1977 mit dem berühmten Kontaktsperrebeschluss.<sup>645</sup> Das BVerfG lehnte einstweiligen Rechtsschutz gegen die Kontaktsperre ab.<sup>646</sup>

Bis hierhin stellt dieses Vorgehen bereits einen außergewöhnlichen Vorgang dar, welcher einen Eingriff in Zeiten des Terrors von Seiten der Exekutive (mit Absegnung durch die Judikative) mit weitreichenden Auswirkungen beinhaltet. Ein derartiger Eingriff ist ohne Gesetzesgrundlage gerade mit Blick auf § 20 Abs. 3 GG nicht zu rechtfertigen. Hinsichtlich der Vorgehensweise vergleichbar mit den Ereignissen um die M.O., verabschiedete das Parlament kurze Zeit später das Kontaktsperregesetz, welches in nur zwei Tagen durch den Bundestag gebracht und dessen Verfassungsmäßigkeit vom BVerfG schließlich bestätigt wurde.<sup>647</sup> Hier verfestigt sich der Eingriff in Grundprinzipien der Verfassung, welcher in

---

<sup>643</sup> Vgl. oben unter III.A.1.

<sup>644</sup> Vgl. bereits oben ausführlich unter III.A.2.c)(2).

<sup>645</sup> BGH 27, 260 = NJW 1977, 2172.

<sup>646</sup> BVerfGE 46, 1 = NJW 1977, 2157.

<sup>647</sup> BVerfGE 49, 24 = NJW 1978, 2235.

Zeiten großen innenpolitischen Drucks angelegt wurde, in einem später verabschiedeten Parlamentsgesetz. Anders als in den USA wurde die Umgehung des Gesetzesvorbehalts jedoch erst gar nicht von einem Gericht beanstandet.

### *c) Parallelen und andere Änderungen mit Systemrelevanz*

Auch wenn die Zwecke der M.O. und des Kontaktsperrebeschlusses inhaltlich, gerade hinsichtlich des Ausmaßes und der Tragweite wenig Schnittmengen aufweisen, ist die Methode der Handelnden dennoch ähnlich. Brutale terroristische Anschläge in Deutschland und Amerika führten zur Einschränkung elementarer Beschuldigtenrechte. Schließlich blieb den Parlamenten nichts anderes übrig, als die bereits von der Regierung angewendeten Regelungen zu bestätigen. Alles andere hätte zu einem innenpolitischen Desaster geführt. Das Parlament wurde durch die Exekutive vor vollendete Tatsachen gestellt.

## **3. Änderungen mit schleichender Systemrelevanz**

Sowohl in der deutschen wie auch in der amerikanischen Antwort auf den (internationalen) Terrorismus sind neben den offenkundig schwerwiegenden Brüchen mit rechtstaatlichen Grundsätzen aufgrund aktuell bestehender Bedrohungssituationen auch solche gesetzgeberischen Änderungen zu beobachten, die durch eine schleichende Wirkung des Zusammenspiels verschiedener Normen ihren systemrelevanten Charakter begründen.

### *a) Das Trennungsgebot in den USA*

Nach den Erfahrungen in der COINTELPRO Ära war in der amerikanischen Öffentlichkeit und Politik eine strikte Trennung zwischen Geheimdienst- und Strafverfolgungstätigkeit überfällig.<sup>648</sup> Nach der Entscheidung des Supreme Court in Sachen *Keith*<sup>649</sup>, in der Maßstäbe für den Schutz amerikanischer Bürger vor anlassloser Durchleuchtung durch das FBI aufgestellt wurden, fand der Aspekt der Separierung von Geheimdiensten und Strafverfolgungsbehörden in dem 1978 verabschiedeten FISA seine Verankerung.

---

<sup>648</sup> Vgl. oben unter II.B.4.c)(2).

<sup>649</sup> *United States v. United States District Court*, 407 U.S. 322-323 (1972) vgl. oben unter II.B.4.c)(2).

*„FISA was intended to serve as a “firewall between foreign and domestic intelligence gathering.” FISA created a clear distinction between investigative conduct in domestic criminal investigations and in foreign intelligence investigations. By creating this distinction, FISA served to protect the Fourth Amendment rights of U.S. citizens in criminal investigations, requiring probable cause before a search warrant is issued and preserving freedom from unreasonable search and seizure<sup>650</sup> “*

Ob man dem Trennungsgebot in den USA demzufolge Verfassungsrang zuordnen will oder nicht - nach den historischen Erfahrungen mit Geheimdiensten, die sich teilweise in staatlichem Auftrag, teilweise eigenmächtig gegen die amerikanischen Bürger richteten, fand eine Art Institutionalisierung der Trennung von Geheimdiensten und Polizeibehörden statt. Dieses Institut des Trennungsgebotes wurde bis dato hochgehalten.<sup>651</sup>

### ***b) Das Trennungsgebot in Deutschland***

Auch in Deutschland stellt das Trennungsgebot, das darauf ausgerichtet ist, die Kumulation nachrichtendienstlicher Aufgaben und polizeilicher Exekutivbefugnisse zu verhindern, eine zentrale Säule der Sicherheitsarchitektur sowohl auf Bundes- wie auch auf Länderebene dar.<sup>652</sup> Es besteht Streit darüber, ob und wenn ja auf welcher (normierten) Grundlage das Trennungsgebot Verfassungsrang genießt.<sup>653</sup> Jedenfalls wird das Trennungsgebot auch von Kritikern, die es als nicht zwingend für eine verlässliche und kontrollierbare Tätigkeit von Nachrichtendiensten und Strafverfolgungsbehörden erachten, als allgemein anerkanntes Institut verstanden.<sup>654</sup>

---

<sup>650</sup> Jaeger, Paul T.; Bertot, John C.; McClure, Charles R., The Impact of the USA Patriot Act on Collection and Analysis of Personal Information under the Foreign Intelligence Surveillance ACT, *Government Information Quarterly* (2003) 20 GIQ 295.

<sup>651</sup> Johnston, Howard A., The Patriot Act and Civil Liberties: A Closer Look. <http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA449681> (zuletzt besucht am 2.2.2013).

<sup>652</sup> Nehm, Kay, Das nachrichtendienstliche Trennungsgebot und die neue Sicherheitsarchitektur, in: NJW 2004, 3289.

<sup>653</sup> Zu dem Streit vertiefend Nehm, Kay sowie bereits Denninger, Erhard, Die Trennung von Verfassungsschutz und Polizei und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, in: ZRP 1981, 231 ff.; Gusy, Christoph, Das verfassungsrechtliche Gebot der Trennung von Polizei und Nachrichtendiensten, in: ZRP 1987, 45, ZRP 1987, 45 ff.; Kutscha, Martin Die Aktualität des Trennungsgebots für Polizei und Verfassungsschutz, in: ZRP 1986, 194 ff.; Roewer, Helmut Trennung von Polizei und Verfassungsschutzbehörden, in: DVBl 1986, 205 ff.; ders. Geschichtlicher Nachtrag zur Kontroverse um die Trennung von Polizei und Verfassungsschutzbehörden, in: DVBl 1988, 666.

<sup>654</sup> Nehm, Kay S. 3289.

*„Das Trennungsgebot wirkt der Entstehung eines allmächtigen Überwachungsstaates entgegen. In organisatorischer Hinsicht gebietet es die Abschottung des Verfassungsschutzes von der Polizei, indem es die Angliederung der Nachrichtendienste an Polizeidienststellen untersagt. Diese organisatorische Zweigleisigkeit wird auf funktioneller Ebene dadurch ergänzt, dass den Verfassungsschutzämtern polizeiliche Befugnisse vorenthalten werden. Informationsgewinnung mit Hilfe polizeitypischen Zwangs ist den Verfassungsschutzbehörden verwehrt, vielmehr dürfen sie sich bei der Informationsbeschaffung allein nicht-imperativer Methoden unter Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel bedienen.*

*Das Trennungsgebot steht in seiner historisch gewachsenen Dimension rechtspolitisch außer Streit.*<sup>655</sup>

### ***c) Vergleich der Änderungen in Bezug auf das Trennungsgebot***

Ein Kernstück jedes sicherheitspolitischen Handelns zur präventiven Terrorismusbekämpfung liegt in der Erweiterung ermittelungsbehördlicher Kompetenzen. Sowohl die deutsche Anti-Terrorismusgesetzgebung vor und nach dem 11. September 2001, als auch der amerikanische P. Act machen von dieser Möglichkeit Gebrauch.

Der Vergleich zwischen deutscher und amerikanischer Methodik zeigt auf beiden Seiten eine Durchlöcherung des Trennungsgebotes. Die Vermischung geheimdienstlicher und strafverfolgungsbehördlicher Ermittlungskompetenzen geschieht mit deutlichen Parallelen. Die Hemmschwelle zur faktischen Abschaffung der Firewall zwischen Geheimdiensten und Strafverfolgungsbehörden schien dabei trotz der COINTELPRO Erfahrungen in den USA geringer zu sein als in der BRD.

Durch Sec. 218 des P. Act wird den Geheimdiensten in den USA, welche auf Grundlage des FISA telefonische bzw. elektronische Überwachungen von Terroristen durchführen können, explizit ein Stück des Terrains strafverfolgungszuständiger Behörden überlassen. Nach der für die Geheimdienste einschlägigen Ermächtigungsgrundlage im FISA zur Erlangung einer gerichtlichen Anordnung für eine elektronische Überwachung im Sinne des 50 U.S.C. 1801 ff. von mutmaßlichen Terroristen ist es nun nicht mehr erforderlich, dass *der* Zweck der

---

<sup>655</sup> Ebenda.

Überwachung die Erlangung von Informationen über Auslandsgeheimdienste ist. Es genügt, dass dies nur noch *ein bedeutsamer/ein wesentlicher (a significant) Zweck* der Überwachung ist (50 U.S.C. 1804 (7)(b)). Es kann daneben also gleichwertig ein anderer Zweck treten, z.B. die Strafverfolgung. Die Motivleitung der Geheimdienste wird hier also nicht mehr vorrangig an deren eigentlichen Tätigkeitsprofil orientiert. In den USA wurde durch den P. Act damit der Zugang von Geheimdiensten in die nationale Strafverfolgung faktisch dadurch geschaffen, dass die Geheimdienste nach dem FISA, welches typische nachrichtendienstliche Ermittlungsmethoden normiert, nunmehr nicht nur dann tätig werden dürfen, wenn der einzige Zweck die Spionageabwehr im weiteren Sinne ist. Der Bezug zur Abwehr nationaler Bedrohungen muss nur noch *ein wesentlicher Zweck* sein. Damit dringt die Kompetenz der Geheimdienste tief in die Bereiche vor, die nach dem Grundgedanken des FISA den Strafverfolgungsbehörden vorbehalten und nach Kapitel III des „Omnibus Crime Control and Safe Streets Act“<sup>656</sup> strengeren Anforderungen für eine richterlichen Anordnung einer Ermittlungsmaßnahme unterworfen sein sollten.

Weiterhin findet in den USA durch die Änderung des 18 U.S.C. 3121(c) im P.Act eine Erweiterung der Kompetenzen der Strafverfolgungsbehörden statt, welche deren Ermittlungstätigkeit mitunter so weit in das Vorfeld einer Straftat verlegt, dass man bereits von geheimdienstlichen (anlassunabhängigen) Ermittlungsmaßnahmen sprechen kann. Durch die Erweiterung der Ermächtigungsgrundlagen zur Anordnung von Trap and Trace Devices oder Pen Registers<sup>657</sup> geschieht genau das.

In der deutschen Terrorismusgesetzgebung findet sich ebenfalls eine zweigeteilte Entwicklung, die zu einer Schwächung des Trennungsgebotes geführt hat. Auch hier wird die Aushöhlung des Trennungsgebotes sowohl von der geheimdienstlichen wie auch von der strafverfolgungsbehördlichen Seite betrieben. Im Rahmen des BVerfSchG sowie des ähnlich geänderten MAD-Gesetz wird zunehmend eine Kompetenzerweiterung angeordnet.<sup>658</sup> Auf der anderen Seite werden durch die in den §§ 129 a, b StGB immer weiter vorverlagerte Strafbarkeitsschwelle auch die Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden stark in einen Bereich verlagert, welcher prima facie als Geheimdienstermittlung erscheint.<sup>659</sup> Zum einen werden damit auch hier die Ermittlungskompetenzen der Nachrichtendienste immer weiter

---

<sup>656</sup> 18 U.S.C. 2510-2522 (Title III).

<sup>657</sup> Vgl. oben unter II.B.4.b).

<sup>658</sup> Vgl. oben unter III.B.2.b).

<sup>659</sup> Vgl. zu dieser Tendenz des Gesetzgebers und der damit verbundenen Problematik *Weiß, Bettina, Der Kampf gegen den Terrorismus - Prävention durch Strafrecht?*, in: JZ 2008, 388, 390 ff. sowie *Nehm, Kay* S. 3288f.

gefasst.<sup>660</sup> Zum anderen findet eine Verstärkung strafverfolgungsbehördlicher Kompetenzen in Form anlassloser Datenerhebung ohne Wissen der Betroffenen statt. Erste Ansätze dazu finden sich bereits in der RAF Gesetzgebung.<sup>661</sup> *Nehm* spricht von „Verankerung nachrichtendienstlicher Mittel im Polizei- und Strafprozessrecht“.<sup>662</sup>

Anders als in den USA ist jedoch an keiner Stelle ausdrücklich als (Neben)Zweck der Ermittlungen von Nachrichtendiensten die Strafverfolgung vorgesehen. Selbst *Nehm*, der die Überlappung von Tätigkeiten und Kompetenzen zwischen Geheimdiensten und Strafverfolgung vergleichsweise kritiklos feststellt<sup>663</sup>, beobachtet keine Verschiebung der grundsätzlichen Tätigkeitsausrichtung. Genau diese Gefahr wird jedoch von den Kritikern des Sec. 218 P.Act befürchtet.<sup>664</sup> Dieser ermöglicht die Ermittlung mit Blick auf ein Strafverfahren als Nebenzweck bei der Anordnung einer „electronic surveillance“ i.S.d. 50 U.S.C. 1804.<sup>665</sup>

Sowohl in der deutschen, wie auch in der amerikanischen Gesetzgebung ist weiterhin der Ansatz zu beobachten, dass gerade mittels weitest gehenden Informationsaustausches zwischen den Strafverfolgungsbehörden und den Geheimdiensten, wie aber auch unter Einbindung anderer Behörden, eine Effektivierung der Terrorismusabwehr beabsichtigt wird. Sec. 203 P. Act regelt einen maßgeblichen Punkt in der amerikanischen Anti-Terrorismusgesetzgebung hinsichtlich der Optimierung der Zusammenarbeit von Strafverfolgungsbehörden und den Geheimdiensten. Beschränkungen, welche einst im Interesse des Trennungsgabotes geschaffen wurden, werden auch in diesem Bereich aufgehoben. Dies gilt für den Datenfluss in beide Richtungen, sowohl von den Strafverfolgungsbehörden an die Geheimdienste, als auch umgekehrt. Eine ähnlich gelagerte Regelung findet sich in § 20 BVerfSchG, der allerdings weniger weitgehend ist. Hier wird die Pflicht des Bundesverfassungsschutzes zum Datenaustausch mit den deutschen Strafverfolgungsbehörden normiert. Es ist jedoch auf deutscher Seite eine größere Zurückhaltung von gesetzgeberischer Seite zu bemerken.

---

<sup>660</sup> S.o. unter III.B.2.b).

<sup>661</sup> S.o. unter III.A.2.f).

<sup>662</sup> *Nehm*, Kay S. 3293.

<sup>663</sup> Ebenda.

<sup>664</sup> *Herman*, Susan N. S. 93.

<sup>665</sup> Vgl. oben unter II.B.4.c)(2)(b); Diese Befürchtung bewahrheitete sich beispielsweise in dem Fall *U.S. v. Ning Wen* (*U.S. v. Ning Wen* C.A.7 (Wis.) 2007, 477 F.3d 896).

Nichtsdestoweniger scheint die Praxis von einer selbstverständlichen Notwendigkeit eines Datenaustausches zwischen Strafverfolgungsbehörden und Geheimdiensten auszugehen. Anders ist die Äußerung des ehemaligen Generalbundesanwalts *Nehm* nicht zu verstehen, der ausführt:

*„Die informationelle Zusammenarbeit von Nachrichtendiensten, Polizei und Staatsanwaltschaften ist die funktionelle Kehrseite des Trennungsgebots. Das Trennungsgebot besagt neben seinen organisatorischen und befugnisrechtlichen Regelungen jedoch nichts über Zulässigkeit und Umfang des Informationsaustauschs. Einschlägig ist insoweit das allgemeine Datenschutzrecht.“*<sup>666</sup>

Ausweislich der offiziellen Begründung des TBG II

*„liegt der Schwerpunkt des Entwurfs in der Schaffung der notwendigen gesetzlichen Voraussetzungen für eine Verbesserung des Informationsaustausches, die Verhinderung der Einreise terroristischer Straftäter nach Deutschland und notwendige identitätssichernde Maßnahmen.“*<sup>667</sup>

Auch wenn maßgebliche Neuerungen der Normierung des Informationsflusses im Rahmen des TBG II hauptsächlich im Ausländerrecht zu finden sind<sup>668</sup>, scheint nach den Anschlägen des 11. September 2001 zumindest in der Praxis ein umfangreicher Datenaustausch „auf Grundlage des allgemeinen Datenschutzrechts“ stattzufinden.

*„Um diese Aufgabe effektiv und erfolgreich bewältigen zu können, bedarf es eines intensiven polizeiinternen Informationsaustausches sowie einer engen Zusammenarbeit mit allen übrigen Sicherheitsbehörden.“*<sup>669</sup>

*Nehm* ist zwar der Auffassung, dass diese Schwächung des Trennungsgebotes keineswegs bedenklich ist, sondern aufgrund der per se bestehenden Schnittmengen zwischen geheimdienstlichen und strafverfolgungsbehördlichen Ermittlungen mehr oder weniger eine Selbstverständlichkeit darstellt, das Trennungsgebot mithin gar nicht erst verletzt sei.<sup>670</sup> Im

---

<sup>666</sup> *Nehm*, Kay S. 3288.

<sup>667</sup> BT Drucks. 14/7386 S. 36.

<sup>668</sup> Auch mit Blick auf die Einwanderungsbehörden in der BRD findet ein größerer Informationsaustausch statt (vgl. § 41 Abs. 3 AuslG; § 88 Abs. 1 Nr. 5 AsylVfG). Zu letzterem werden auch die amerikanischen Immigrationsbehörden angehalten (vgl. Sec. 401 ff. P. Act).

<sup>669</sup> BT Drucks. 14/7386 S. 35.

<sup>670</sup> *Nehm*, Kay S. 3293.

Übrigen verweist *Nehm* auf die Kontrollinstanzen der Nachrichtendienste, welche effektiv einem Missbrauch vorbeugten und das Trennungsgebot im Prinzip überflüssig machten.<sup>671</sup>

Diese Einschätzung widerlegt *Gusy* anhand verschiedener Beispiele gerade mit Blick auf gesperrte Daten und deren Einfluss auf die Wahrnehmung der Kontrollbefugnisse der G-10-Kommission am Beispiel des Landes Nordrhein-Westfalen.<sup>672</sup>

#### *d) Kritik*

Ein nachgiebiger Umgang mit dem Trennungsgebot zeigt sich als gefährlich. Denn gerade in der naturgegebenen Überschneidung geheimdienstlicher und strafverfolgungsbehördlicher Aktivitäten liegt die Ursache und die Bewährungsprobe dieses historisch gewachsenen Prinzips sowohl in Deutschland als auch in den USA. Gerade in den verschwimmenden Grenzen der Tätigkeiten ist eine scharfe Trennung zwischen den Institutionen besonders wichtig. Die Qualität dieser Trennung entscheidend darüber, ob zur Fassung von Straftätern aufgrund konkreter Anhaltspunkte Ermittlungsmaßnahmen durchgeführt werden oder anlasslos in die Grundrechte Unverdächtiger eingegriffen wird, um unter dem Begriff der Strafverfolgung und etwaiger konkreter Gefahren politische Ziele durchzusetzen.

Trotz der vielfach anerkannten zentralen Bedeutung des Trennungsgebotes finden sich damit sowohl in Deutschland als auch in den USA schwerwiegende Durchlöcherungen der Firewall zwischen Strafverfolgungsbehörden und Geheimdiensten. Durch die Entwertung des Trennungsgebotes haben Deutschland und die USA durch ihre Terrorismusgesetzgebung schleichend systemrelevante Veränderungen der Sicherheitsarchitektur in beiden Ländern herbeigeführt. Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass diese Entwicklung wieder rückgängig gemacht wird. Sie avanciert vielmehr zum Commonsense.

#### **4. Technische Anpassungen ohne Systemrelevanz**

Ein erheblicher Teil der Änderungen, welche durch die Terrorismusgesetzgebung in Deutschland und den USA herbeigeführt wurden, betrifft Anpassungen organisatorisch-technischen Charakters, welche keine unmittelbare und eine allenfalls mittelbare Auswirkung

---

<sup>671</sup> *Nehm*, Kay S. 3292.

<sup>672</sup> *Gusy*, Christoph. Grundrechte und Verfassungsschutz (Wiesbaden, VS-Verlag, 2011) S. 59 ff.

auf Strukturprinzipien der Rechtssysteme entfalten. Die im darstellenden Teil nicht weiter ausgeführten Erweiterungen und Anpassungen des Strafrechtssystems im Bereich der Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung fallen teilweise in diese Kategorie. Auch die in Deutschland durch das Änderungsgesetz 1976<sup>673</sup> angeordnete Höchstgrenze der Verteidiger ist beispielsweise eine solche Maßnahme.

Es darf bei den technischen Anpassungen jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass eine schleichende Systemrelevanz, deren Mechanismus zuvor exemplarisch dargelegt wurde<sup>674</sup>, sich in das Gewand einer bloß technisch-organisatorischen Gesetzesanpassung kleiden lässt und im Zusammenspiel mit anderen Änderungen die Sicherheitsarchitektur grundsätzlich verändern kann. So wäre es durchaus einsichtig, die gesetzgeberischen Maßnahmen in den USA zur Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung entgegen der zuvor dargestellten Einschätzung mit *Lehrer* als „economic war on international terrorism“<sup>675</sup> zu bezeichnen, der verfassungsrechtliche Grundentscheidungen in Frage stellt. Zur abschließenden Klärung dieses Themas wird auf die einschlägige Spezialliteratur verwiesen.<sup>676</sup>

## V. Die Grundrechtsrelevanz im Vergleich

### A. Typischerweise betroffene Grundrechtsgruppen

Die methodischen Ansätze in Amerika und Deutschland zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus sind vergleichbar. Daraus folgt, dass durch die Anti-Terrorismusgesetzgebung in beiden Ländern dieselben Grundrechtsgruppen<sup>677</sup> betroffen sind.

Zum einen bemüht sich der Gesetzgeber im Rahmen der Abwehr terroristischer Bedrohungen möglichst frühzeitig Informationen über Täter mit Gefahrenpotenzial zu sammeln. Dies gelingt im ersten Schritt durch extensive nachrichtendienstliche Ermittlungen, welche verdachtsunabhängig und heimlich durchgeführt werden. Solche Ermittlungen greifen in das Recht jedes Einzelnen ein, nicht Gegenstand staatlicher Durchleuchtung zu sein. Diese

---

<sup>673</sup> Vgl. oben unter II.A.2.c).

<sup>674</sup> Vgl. oben unter II.C.3.

<sup>675</sup> Vgl. oben unter II.A.2.c).

<sup>676</sup> *Lehrer, Rudolf* m.w.N.; *Trinkunas, Harold, Giraldo, Jeanne*, Terrorism Financing and State Responses: A Comparative Perspective Paperback (Stanford University Press, 2007); *Cassara, John A.*, Hide and Seek: Intelligence, Law Enforcement, and the Stalled War on Terrorist Finance (Potomac Books, 2007).

<sup>677</sup> Diese Bezeichnung soll hier nur thematisch verstanden werden und noch nicht die Existenz konkreter grundrechtlich geschützter Positionen unterstellen.

Regelungsmaterie betrifft demnach ganz allgemein das Recht des Einzelnen auf den Schutz seiner Privatsphäre durch die staatliche Hand. In den USA wird dieses als „right to be let alone“ charakterisiert.<sup>678</sup>

Im weiteren Verlauf der Ermittlungen wird zunehmend in weitere Grundrechtspositionen eingegriffen. Zu diesen gehört maßgeblich die Unverletzlichkeit der Wohnung, welche als fortgesetztes Recht auf den Schutz der (hier räumlich klar umrissenen) Privatsphäre durch die amerikanische und deutsche Anti-Terror-Gesetzgebung Eingriffe erfährt.

Auch das Recht auf Freiheit der Person wird durch gelockerte Voraussetzungen für eine Untersuchungshaft, die Vorverlagerung von Strafbarkeitsschwellen für Delikte, die terroristischen Bezug aufweisen oder die in den USA teilweise stattfindende Indefinite Detention<sup>679</sup> im Rahmen der gesetzgeberischen Reaktion auf Terrorismus beeinträchtigt.

Damit einher geht vielfach eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitsrechts, welches durch die Stereotypisierung mutmaßlicher Täter gekennzeichnet ist, indem allein ein äußerliches Merkmal der Person oder deren Herkunft die Ermittlungsbehörden zu Durchsuchungen, Überwachungen oder nachrichtendienstliche Ermittlungen veranlasst. Derlei grundsätzliche Verdächtigung unabhängig von konkreten Anhaltspunkten findet sich vor allem in amerikanischen sowie in deutschen Bestimmungen des Ausländerrechts, welche im Rahmen der Anti-Terrorismugesetzgebung geändert wurden.<sup>680</sup>

Die Beschränkungen der Grundrechte machen sich jedoch nicht allein infolge der operativen Tätigkeit der Ermittlungsbehörden bemerkbar, sondern sowohl in Deutschland wie auch in den USA bei dem (nachträglichen) Rechtsschutzersuchen des Einzelnen gegen diese Maßnahmen. Die größte Beeinträchtigung der Rechtsschutzmöglichkeiten findet sich im Rahmen der Beeinträchtigung der (informationellen) Privatsphäre, da der Betroffene oftmals überhaupt keine Kenntnis von der Maßnahme erlangt. Es liegt in der Natur der Sache, dass ein Rechtsschutz gegen solche heimliche Maßnahmen in keiner Weise möglich ist. Auch in

---

<sup>678</sup> *Romero*, Anthony D., Internet Terror Recruitment and Tradecraft: How Can We Address an Evolving Tool While Protecting Free Speech? in: House of Representatives Homeland Security Intelligence, Information Sharing and Terrorism Risk Assessment Testimony vom 26. Mai 2010, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-111hhrg63091/html/CHRG-111hhrg63091.htm> (zuletzt besucht am 5.2.2013); *Public Util. Comm'n v. Pollak* 343 U.S. 451, 467 (1952).

<sup>679</sup> Vgl. Sec. 412 P. Act s.o. unter I.B.4.c).

<sup>680</sup> Vgl. oben unter II.B.4.c) und III.B.2.f).

anderen Bereichen finden Einschränkungen der Justizgrundrechte im Rahmen der Anti-Terror-Gesetzgebung statt, sei es durch die Beschneidung des Rechts auf eine Verteidigung durch einen Rechtsbeistand nach Wahl des Beschuldigten<sup>681</sup> oder durch die vollständige Vereitelung richterlicher Überprüfung einer Inhaftierung durch die faktische Abschaffung des „Habeas Corpus“ Rechtsschutzes.<sup>682</sup>

### **B. Erwägungen für die Auswahl des Rechts auf informationelle Privatsphäre bzw. des Right to Information Privacy und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung**

Das Recht auf informationelle Privatsphäre soll die jeweilige Ausprägung des Schutzes persönlicher Informationen im amerikanischen und im deutschen Verfassungsrecht umschreiben. Leitend für die Erwägung, das Recht auf informationelle Privatsphäre als Vergleichsmaßstab für die amerikanische und deutsche Anti-Terrorismusgesetzgebung zu wählen, war die wachsende Bedeutung dieser grundrechtlichen Gewährleistung im gegebenen Zusammenhang. Kein anderes Grundrecht rückt mit der fortschreitenden Vernetzung der Welt mehr in den Fokus des täglichen Lebens und steht damit vor derart gewaltigen Herausforderungen. Die Beeinträchtigung des Vertrauens in die Sicherheit und Vertraulichkeit elektronischer Kommunikation reduziert den Bewegungsspielraum des Einzelnen bis auf ein Minimum. Die staatlich angeordnete Beeinträchtigung dieses Vertrauens wirkt infolgedessen besonders abschreckend und intensiv. Dies zeigt sich beispielsweise in der Einbindung Dritter in den Kampf gegen den internationalen Terrorismus. Kennzeichnend für die Anti-Terror-Gesetzgebung in Deutschland und den USA ist nämlich die Delegation der Informationssammlung an Dritte wie z.B. Telefonanbieter.<sup>683</sup> Ihnen wird die Aufgabe übertragen, die gesammelten Daten an Geheimdienste und Strafverfolgungsbehörden weiterzugeben. Diese in der Anti-Terror-Gesetzgebung beider Länder vorgesehene Praxis bedeutet eine unüberschaubare Gefahr für das Recht auf informationelle Privatsphäre.

### **C. Recht auf informationelle Privatsphäre / Right to Information Privacy / Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung**

---

<sup>681</sup> Vgl. oben unter II.B.5.b) und II.A.2.c)(1).

<sup>682</sup> Vgl. oben unter II.B.5.b).

<sup>683</sup> Vgl. oben unter II.B.4.c)(7) und III.B.2.b).

## 1. Einleitende Bemerkungen

Sowohl Deutschland, als auch die USA verfolgen grundsätzlich mit den gleichen Ansätzen die Effektivierung der Terrorismusabwehr. Es wird sowohl in Deutschland, wie auch in den USA durch verschiedene Bestimmungen in das Recht auf Privatsphäre eingegriffen. In der Folge wird dargelegt, welches verfassungsrechtlich gewährleistete Individualrecht auf den Schutz der Privatsphäre den Einzelnen in welchem Ausmaß vor den sicherheitsgesetzgeberischen Reaktionen beider Staaten auf terroristische Bedrohungen schützt. Es soll speziell der Schutz persönlicher, vertraulicher Informationen in den Blick genommen werden. Es gilt zu beleuchten, wie weit dieser Schutz in kritischen Situationen reicht, in denen das akute staatliche Interesse an der Ermittlung und Verfolgung von Terroristen mit dem Recht des Einzelnen auf den Schutz seiner Privatsphäre in Einklang gebracht werden muss. Es ist zu erörtern, inwiefern sich das grundrechtliche Schutzniveau des Rechts auf Privatsphäre in seiner Ausprägung durch die Verfassungsgerichte in beiden Ländern unterscheidet und wo parallele Entwicklungen zu beobachten sind.

Die Betitelung dieses Grundrechts als „Recht auf Schutz der informationellen Privatsphäre“ ist - wie ausgeführt - nur ein begrifflicher Annäherungsversuch an einen Oberbegriff für das hier relevante Grundrecht in Deutschland und den USA. In seiner konkreten Ausprägung versteht das BVerfG das hier in Rede stehende Grundrecht als das Recht des Einzelnen

*„[...] grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden [im] mit hinreichender Sicherheit überschauen [zu können], welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind [...]“<sup>684</sup>*

Das BVerfG hat diesem Recht in dem zitierten Urteil den Namen „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ verliehen. Das hiermit am ehesten vergleichbare Right to Privacy wird vom Supreme Court unter anderem als „right to be let alone“ charakterisiert.<sup>685</sup> Fraglich ist, ob es in den USA ein Right to Information Privacy oder gar ein Right to Information Self-Determination gibt.

## 2. Exkurs: Grundrechtssystematik in den USA

---

<sup>684</sup> BVerfGE 65, 1, 41ff.

<sup>685</sup> Olmstead v. United States 277 U.S. 438, 478.

### a) *Allgemeines*

Die amerikanische Verfassung umfasst verschiedene „constitutional rights and liberties“, die dem Einzelnen Freiheiten, Mitwirkungsrechte, Gleichheitsrechte oder soziale Rechte vermitteln.<sup>686</sup> Solche Grund- und Menschenrechte sind teilweise in der Verfassung der USA namentlich genannt, teilweise als „non textual“ oder „fundamental rights“ aus allgemeinen Garantien im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entstanden.<sup>687</sup> Zwar enthält auch der ursprüngliche Verfassungstext einige grundrechtliche Garantien. Der maßgebliche Grundrechtskatalog findet sich jedoch in der sog. Bill of Rights. Die Bill of Rights ist Grundlage des amerikanischen Grundrechtssystems und besteht aus den ersten zehn Zusatzartikeln zur Verfassung der USA. Sie gewährleistet bestimmte unveräußerliche Grundrechte, die ihre Ausprägung vor allem durch Richterrecht erfahren haben. Die Bill of Rights trat 1791 in Kraft.<sup>688</sup>

Die Struktur des Grundrechtssystems in der amerikanischen Verfassung weist deutliche Unterschiede zu dem 1949 in Kraft getretenen Grundgesetz auf. Zwar sind beide Verfassungen darauf angelegt, nicht nur eine staatsorganisationsrechtliche Ordnung zu schaffen, sondern auch dem Einzelnen konkrete individuelle Rechte und Freiheiten zu gewährleisten. Vor allem der Begriff der Freiheit wird im amerikanischen Verfassungsverständnis jedoch wesentlich stärker betont und bietet eine erhebliche Ausstrahlungswirkung auf die Lesart aller anderen Rechte in der amerikanischen Verfassung. Er besitzt insgesamt prägende Wirkung.<sup>689</sup>

Dieser Freiheitsgedanke hatte nach Auffassung *Eberles* einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf das deutsche Grundgesetz.<sup>690</sup> Zwar ist das Grundgesetz von einem Freiheitsgedanken geprägt, wesensbildend für die Grundrechte im Grundgesetz ist jedoch vielmehr die nach Art. 1 Abs. 1 GG unantastbare Würde des Menschen. Sie wird als „Wurzel aller Grundrechte“<sup>691</sup> verstanden.

---

<sup>686</sup> *Brugger*, Winfried, Einführung in das öffentliche Recht der USA (München 2. Auflage 2001) S. 92.

<sup>687</sup> *Ebenda*.

<sup>688</sup> *Hay*, Peter Rn. 67.

<sup>689</sup> *Eberle*, Edward J., Dignity and liberty - constitutional visions in Germany and the United States (Praeger Publishers, Westport/Connecticut/London, 2002) S. 17, der von einer „constitution of liberty“ spricht.

<sup>690</sup> *Eberle*, Edward J., Dignity and liberty S. 22.

<sup>691</sup> BVerfGE 93, 266 (273).

Man kann diese Festlegung der Verfassungsinterpretation auf einen Grundwert als Parallele zwischen deutscher und amerikanischer Verfassung verstehen, wobei die Würde des Menschen nach amerikanischem Verständnis hinsichtlich ihres Stellenwertes wohl mit dem Freiheitsbegriff der Bill of Rights zu vergleichen ist.

Anders als die amerikanische Verfassung zählt das Grundgesetz die gewährleisteten Grund- und Menschenrechte konkret auf und definiert vergleichsweise detailliert deren Umfang und Einschränkungsmöglichkeit. Eine solche klare Umreißung von Schutzbereich und Eingriffsmöglichkeit ist der amerikanischen Verfassung fremd. Es findet sich in den Zusatzartikeln lediglich eine sporadische, wenig detaillierte und wenig systematische Aufzählung von Individualrechten, ihrer Einschränkungsmöglichkeit und der Rechtfertigung eines Eingriffs. Lediglich die „criminal due process protections“ werden vergleichsweise umfassend normiert.<sup>692</sup> Darüber hinaus werden zwar einzelne zentrale Grund- und Menschenrechte kodifiziert. Die meisten Grundrechte werden jedoch aus der Essenz oder der Zusammenschau verschiedener zentraler, benannter Grundrechte hervorgebildet. In der vom wörtlichen Text vergleichsweise losgelösten Auslegung durch den Supreme Court, bestehen die in der amerikanischen Verfassung geschriebenen oder ungeschriebenen Grundrechte insoweit aus der Meinungsäußerungsfreiheit, dem Recht auf freie Religionsausübung, aus der Due Process Clause (Rechtsstaatlichkeit in verfahrensrechtlicher Hinsicht) und dem Gleichheitsgrundsatz. Die aus diesen Elementen in Form einer Gesamtschau gebildeten Grundrechte werden als „non-textual“ rights bezeichnet.<sup>693</sup>

Der Supreme Court hat aus diesen Elementen und damit weitestgehend ohne wörtlichen Bezug zu der textlichen Grundlage der Bill of Rights im Wege der Rechtsfortbildung eine etablierte Grundrechtsdogmatik geschaffen.<sup>694</sup> Diese Grundrechtsdogmatik kann allerdings keineswegs mit dem deutschen Modell verglichen werden, in dem alle grundrechtlichen Garantien einer gemeinsamen Struktur im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen. Eine Prüfung der Grundrechte anhand „Schutzbereich“, „Eingriff“, „Schranke“ und „Schranken-Schranke“ ist dem amerikanischen Rechtsdenken grundsätzlich fremd.

---

<sup>692</sup> *Eberle*, Edward J., Dignity and liberty S. 22.

<sup>693</sup> *Brugger*, Winfried, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika (Mohr Siebeck, Tübingen, 1987) S. 104.

<sup>694</sup> *Brugger*, Winfried, Grundrechte S. 39.

*Brugger* führt diesen Umstand zum einen auf die Herkunft des amerikanischen Rechtsdenkens aus dem anglo-amerikanischen Raum zurück, das sich eher an der spezifischen Rechtsregel als an übergeordneten allgemeinen Prinzipien orientiert.<sup>695</sup> Zum anderen weist er darauf hin, dass ein „vor die Klammer gezogener“ allgemeiner Teil zu den einzelnen Grundrechten eine Konsistenz und Systematisierung voraussetzt, die dem amerikanischen Rechtsdenken fremd sei.<sup>696</sup> Auch die Heterogenität der amerikanischen Gesellschaft trügen hierzu bei.<sup>697</sup>

Die von *Brugger* festgestellten Eigenarten in der amerikanischen Grundrechtsdogmatik<sup>698</sup> lassen sich aber auch an dem amerikanischen Verfassungstext selbst festmachen. Die Bill of Rights lässt schlicht keine andere Wahl als die Ausbildung eines allgemeinen Teils der Grundrechte durch Richterrecht. Richterrecht ist dabei im Laufe der Zeit zwangsläufig nicht nur dem gesellschaftlichen, sondern auch dem politischen Wandel unterworfen. Nicht zuletzt spielen die Persönlichkeiten der wechselnden Chief Justices dabei eine gewichtige Rolle.<sup>699</sup>

Somit ist festzustellen, dass eine Gliederung der Grundrechtslehre in einen allgemeinen und besonderen Teil in den USA nicht in einer mit dem Grundgesetz vergleichbaren Weise anzutreffen ist. Vielmehr gibt es gewisse Prinzipien verfassungsgerichtlicher Überprüfung, welche mehr oder weniger stetig auf sämtliche Grundrechte bzw. Grundrechtsgruppen angewendet werden, im Einzelfall jedoch mit unterschiedlicher Nuancierung.<sup>700</sup>

### ***b) Freiheits- und Gleichheitsgrundrechte***

Auch im amerikanischen Grundrechtsverständnis wird zwischen Freiheits- und Gleichheitsgrundrechten unterschieden.<sup>701</sup> Dabei schützen Freiheitsgrundrechte den Einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Hand in dessen von der Verfassung geschützten persönlichen Rechtskreis. Gleichheitsgrundrechte schützen das Individuum als Bestandteil einer Gruppe

---

<sup>695</sup> *Brugger*, Winfried, Einführung S. 93.

<sup>696</sup> Ebenda.

<sup>697</sup> Ebenda.

<sup>698</sup> *Brugger*, Winfried, Einführung S. 39 in Fn. 2.

<sup>699</sup> *Hirner*, Thomas M., Der Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika (SCOTUS) JuS 5/2010 S. XLIV, XLV; *Rehnquist*, William H., The Supreme Court (Vintage, New York, 2002) S. x, 36ff, 44ff, 193ff.; *Brugger*, Winfried, Einführung S. 195.

<sup>700</sup> *Brugger*, Winfried, Einführung S. 93.

<sup>701</sup> *Lundmark*, Thomas, Power & Rights in US Constitutional Law (Oxford University Press, New York, 2. Auflage 2008) S. 110.

vor staatlicher Diskriminierung (z.B. Minderheitenschutz).<sup>702</sup> Freiheitsgrundrechte werden unter die Begrifflichkeit „due process rights“, Gleichheitsgrundrechte unter die der „equal protections rights“ gefasst.<sup>703</sup>

### **c) State Action**

Grundrechtsadressaten<sup>704</sup> sind nur solche Stellen, deren Eingriffe gemäß der „state action doctrine“ der öffentlichen Hand zugerechnet werden können. Nur solche Stellen können wegen Grundrechtsverletzungen belangt werden. Vereinfacht bedeutet dies, dass die Maßnahme, die in das Grundrecht eingreift, nach einzelfallbezogener<sup>705</sup> Betrachtung nicht nur einen Akt zwischen Privaten darstellt, sondern als staatliches Handeln zu werten ist.<sup>706</sup> Eine wirklich konsistente Systematik hat sich hier nicht herausgebildet.<sup>707</sup> Zum Beispiel wurde das Handeln der Bahnbeförderungsgesellschaft Amtrak insoweit als state action erachtet, einzig weil der Präsident der Vereinigten Staaten einige Vorstandsmitglieder der Gesellschaft ernannt hat.<sup>708</sup>

### **d) Drittwirkung**

Was die Frage der Drittwirkung der Grundrechte anbelangt, sei auf die einschlägige Literatur verwiesen, da diese in den USA durchaus problematische Frage in der Folge lediglich eine untergeordnete Rolle spielen wird.<sup>709</sup> Festzustellen bleibt jedoch, dass trotz der Betonung der state action doctrine auch dem amerikanischen Recht eine Drittwirkung der Grundrechte keineswegs fremd ist und die Grundrechte in ihrer wertbildenden, prägenden Funktion auch auf das Verhältnis zwischen privaten eine erhebliche Ausstrahlungswirkung besitzen.<sup>710</sup>

### **e) Inkorporationsdebatte**

---

<sup>702</sup> Ebenda.

<sup>703</sup> Ebenda.

<sup>704</sup> Begrifflichkeit nach *Brugger*, Winfried, Einführung S. 34.

<sup>705</sup> *Brugger*, Winfried, Einführung S. 37.

<sup>706</sup> *Lundmark*, Thomas S. 110.

<sup>707</sup> *Brugger*, Winfried, Einführung S. 37.

<sup>708</sup> *Lundmark*, Thomas S. 111; *Lebron v. National Railroad Passenger Corporation* 513 U.S. 374 (1995).

<sup>709</sup> *Chemerinsky*, Erwin *Constitutional Law* (Aspen Publishers, 3. Auflage 2009) S. 548 ff.; *Giegerich*, Thomas, *Privatwirkung der Grundrechte in den USA: Die State Action Doctrine des U.S. Supreme Court und die Bürgerrechtsgesetzgebung des Bundes* (Springer, Berlin, 1992); *Brugger*, Winfried, Einführung S. 95 ff.

<sup>710</sup> *Lundmark*, Thomas S. 113.

Die Frage nach der Grundrechtsverpflichtung wird insbesondere durch die sog. „Inkorporationsdebatte“ bestimmt. Es geht hierbei um die Frage, ob die in der Verfassung gewährleisteten Grundrechte auch für die einzelnen Bundesstaaten der USA bindend sind. Über die TransfERNorm des Vierzehnten Zusatzartikels, in dem die sog. due-process-Klausel enthalten ist, werden nach Auffassung des Supreme Court

*„alle diejenigen Rechte, die im Hinblick auf die Erfordernisse von Freiheit und Gerechtigkeit in freien und zivilisierten Ländern fundamentalen Rang haben, inkorporiert].“<sup>711</sup>*

Mittlerweile werden praktisch sämtliche Garantien der Bill of Rights über die Due Process Clause als inkorporiert angesehen.<sup>712</sup> Damit beanspruchen sie auch gegenüber den Gliedstaaten Gültigkeit, an die sich der Vierzehnte Zusatzartikel direkt wendet. Grundrechtsverpflichtete sind damit uneingeschränkt sowohl der Bundesstaat, als auch die Gliedstaaten.

#### *f) Grundrechtsberechtigte*

Im Rahmen der Grundrechtsberechtigten wird in der amerikanischen Verfassung bzw. ihrer Interpretation durch den Supreme Court zwischen Jedermann-Grundrechten und solchen Grundrechten unterschieden, auf die sich nur amerikanische Staatsbürger berufen können. Auf Jedermann-Grundrechte können sich demnach ohne Einschränkung auch Ausländer berufen, die sich legal in den USA aufhalten.<sup>713</sup>

#### *g) Verfassungsgerichtliche Überprüfungsmaßstäbe<sup>714</sup>*

Kurz darzulegen sind in der Folge die „Stufen und Standards verfassungsgerichtlicher Kontrolle“.<sup>715</sup> Hierbei wird lediglich der „kleinste gemeinsame Nenner“ dieser etablierten<sup>716</sup> Struktur dargestellt, auch wenn eine solche Strukturierung teilweise als weder wünschenswert noch als praktisch möglich erachtet wird.<sup>717</sup> Anstelle der Schutzbereich-Schranken Terminologie hat der Supreme Court einen Kriterienkatalog herausgebildet, der für die einzelnen Grundrechte bzw. Grundrechtsgruppen sowohl die Betroffenheit des

<sup>711</sup> Brugger, Winfried, Grundrechte S. 49.

<sup>712</sup> Brugger, Winfried, Grundrechte S. 51.

<sup>713</sup> Brugger, Winfried, Einführung S. 95.

<sup>714</sup> Nach Brugger, Winfried, Einführung S. 101ff.

<sup>715</sup> Brugger, Winfried, Einführung S. 101.

<sup>716</sup> Lundmark, Thomas S. 115.

<sup>717</sup> Shanham, Jeffrey, CRACKS IN THE STRUCTURE: THE COMING BREAKDOWN OF THE LEVELS OF SCRUTINY, in: Ohio State Law Journal (1984) 45 Ohio St. L.J. 161.

Schutzbereichs durch einen staatlichen Akt wie auch die Anforderungen an die Rechtfertigung einem einheitlichen Maßstab unterwirft.<sup>718</sup>

#### (1) Rational basis test

Der „rational basis test“ ist die Form verfassungsgerichtlicher Überprüfung staatlichen Handelns, deren Maßstab am oberflächlichsten ist. Er kommt vor allem zur Anwendung, wenn nach Einschätzung des Supreme Court keine fundamentalen Rechte betroffen sind<sup>719</sup>, sondern lediglich die allgemeine Handlungsfreiheit. Auch bei der Prüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes wird er herangezogen, sofern eine Unterscheidung aufgrund eines nicht verdächtigen Unterscheidungsmerkmals vorgenommen wird<sup>720</sup> (anders daher bei Unterscheidungen aufgrund Geschlechts oder aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit etc.) und das bezweckte Ziel der staatlichen Maßnahme insoweit unverdächtig ist. Staatliches Handeln und Regelungen sind mit dem rational basis test und damit mit der Verfassung vereinbar, wenn ihnen ein legitimes öffentliches Interesse zugrunde liegt, und „möglicherweise“ das Gemeinwohl von dem staatlichen Handeln profitiert.<sup>721</sup> Die Beweislast trägt insoweit der Bürger und nicht die öffentliche Hand.<sup>722</sup> Eine wirkliche Abwägung findet nicht statt.<sup>723</sup> Der rational basis test ist damit als „bloße Willkürkontrolle“ zu charakterisieren für die der Bürger die Beweislast trägt.<sup>724</sup>

#### (2) Strict scrutiny test

Der „strict scrutiny test“ ist das krasse Gegenteil des rational basis test.<sup>725</sup> Er ist vergleichbar mit der Prüfung der Verhältnismäßigkeit durch das BVerfG, wenn gewichtige Verfassungsgüter im Rahmen der praktischen Konkordanz auf der Waagschale liegen. Er kommt in der Rechtsprechung des Supreme Court vor allem dann zur Anwendung, wenn in der Verfassung konkret benannte Grundrechte von staatlichem Handeln betroffen sind oder solche, die der Supreme Court selbst explizit als „(non textual) fundamental rights“

---

<sup>718</sup> *Brugger*, Winfried, Einführung S. 101.

<sup>719</sup> Ebenda.

<sup>720</sup> Ebenda.

<sup>721</sup> Ebenda.

<sup>722</sup> *Lundmark*, Thomas S. 116.

<sup>723</sup> Ebenda.

<sup>724</sup> *Brugger*, Winfried, Einführung S. 101.

<sup>725</sup> Ebenda.

geschaffen hat.<sup>726</sup> Aber auch bei der Prüfung des Gleichheitssatzes ist der strict scrutiny test der Maßstab, sofern problematische Unterscheidungsmerkmale der staatlichen Differenzierung zugrunde liegen (Geschlecht/ethnische Zugehörigkeit).<sup>727</sup> Im Rahmen des strict scrutiny test muss der Staat ein „wichtiges, drängendes öffentliches Interesse“ beweisen, dass seine Handlung oder Regelung erforderlich und geeignet für die Erreichung des Ziels ist.<sup>728</sup>

### (3) Intermediate level of scrutiny

Ursprünglich waren in der Rechtsprechung lediglich der rational basis test sowie der strict scrutiny test etabliert.<sup>729</sup> Diese boten allerdings in nicht eindeutigen Fällen, in denen das Individualinteresse nicht klar einem fundamentalen Recht zugeordnet werden konnte, jedoch mehr als die bloße Handlungsfreiheit betroffen war und damit mehr als eine bloße Willkürüberprüfung erforderlich war, eine zwar sehr praktikable<sup>730</sup> jedoch wenig interessengerechte Handhabe. Weiterhin war Folge der bipolaren verfassungsgerichtlichen Überprüfung von staatlichem Handeln mit Blick auf die Individualinteressen, dass der Bürger bei der Anwendung des rational basis test stets und bei der Anwendung des strict scrutiny test niemals unterlag.<sup>731</sup> Zur Flexibilisierung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle wurde daher der „intermediate level of scrutiny test“ etabliert. Nach dessen Grundsätzen muss das dem Eingriff zugrundeliegende öffentliche Interesse lediglich erheblich sein; das Mittel staatlichen Handelns darf dieses Interesse zwar nicht nur möglicherweise fördern, die Förderung muss jedoch auch nicht sicher sein.<sup>732</sup> Die öffentliche Hand trägt auch hier die Beweislast.<sup>733</sup> Dieser Prüfungsmaßstab ist am ehesten mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach deutschem bzw. europäischem Recht vergleichbar<sup>734</sup>, auch wenn eine strenge Erforderlichkeitsprüfung im Rahmen des intermediate level of scrutiny in der Regel nicht stattfindet.<sup>735</sup>

Der vereinzelt befürwortete „sliding scale test“, der eine noch weichere und einzelfallbezogene Prüfung vorsieht, hat sich bislang nicht etabliert. Dies mag an der daraus

---

<sup>726</sup> *Lundmark*, Thomas S. 119.

<sup>727</sup> *Brugger*, Winfried, Einführung S. 101; *Lundmark*, Thomas S. 119.

<sup>728</sup> *Brugger*, Winfried, Einführung S. 101.

<sup>729</sup> Ebenda.

<sup>730</sup> Ebenda.

<sup>731</sup> Ebenda.

<sup>732</sup> Ebenda.

<sup>733</sup> *Lundmark*, Thomas S. 119.

<sup>734</sup> Ebenda.

<sup>735</sup> *Brugger*, Winfried, Einführung S. 102.

resultierenden bereits von *Brugger* festgestellten<sup>736</sup> Rechtsunsicherheit liegen, welche notwendige Folge der umfassenden Etablierung des sliding scale test wäre. Letztlich lässt sich der Effekt des sliding scale test jedoch durch eine einzelfallbezogene Anwendung des intermediate level of scrutiny erreichen.

### **3. Ausprägung des Rechts auf den Schutz der informationellen Privatsphäre**

#### *a) Schutz der (informationellen) Privatsphäre in den USA*

Das US-amerikanische Recht auf den Schutz der Privatsphäre soll in der Folge in den Bereichen beleuchtet werden, deren Verständnis für den Vergleich der deutschen und der amerikanischen Anti-Terrorismusgesetzgebung vor dem Hintergrund des grundrechtlichen Schutzes der Privatsphäre erforderlich ist. Darüber hinaus soll es nur insoweit dargestellt werden, als es für das Verständnis der Grundlagen des amerikanischen Grundrechts auf den Schutz der Privatsphäre unbedingt nötig erscheint.

#### (1) Einleitung

Die Bezeichnung des amerikanischen Right to Privacy als das „right to be let alone“ durch den Richter am Supreme Court *Brandeis*<sup>737</sup> ist die wohl griffigste Charakterisierung des Grundrechts auf Privatsphäre im amerikanischen Recht. Es wurde als solches erstmals in einem Aufsatz von *Warren* und *Brandeis* im Jahre 1890 diskutiert.<sup>738</sup> Hinsichtlich Grundlage und Umfang des Right to Privacy besteht keine Einigkeit in der amerikanischen Jurisprudenz.

*„Vielmehr steht dieser Begriff hier für ein amorphes Gebilde unterschiedlicher kontroverser Rechtspositionen, die für sich einen gewissen verfassungsrechtlichen Schutz beanspruchen können.“*<sup>739</sup>

---

<sup>736</sup> Ebenda.

<sup>737</sup> Vgl. *Olmstead v. United States* 277 U.S. 438 S. 478 (1928).

<sup>738</sup> *Warren*, Samuel D.; *Brandeis*, Louis D., THE RIGHT TO PRIVACY, in: Harvard Law Review (1890) 4 Harv. L. Rev. 193-220; *Schefer*, Markus, Konkretisierung von Grundrechten durch den U.S. Supreme Court (Duncker & Humblot, Berlin, 1997) S. 73.

<sup>739</sup> *Schefer*, Markus S. 74.

Ein wörtlicher Bezug zum Right to Privacy wird aus dem Ersten, Dritten, Vierten, Fünften, Neunten, Zehnten und Vierzehnten Zusatzartikel hergeleitet.<sup>740</sup> Es ranken sich eine Reihe von Entscheidungen des Supreme Court um dieses Individualrecht<sup>741</sup>, dessen Entwicklung noch immer vollständig im Fluss befindlich ist. Dass die Entwicklung noch lange nicht am Ende angelangt ist, belegen gerade die Ausführungen *Eberles*<sup>742</sup> sowie das tatsächlich bestehende Schutzbedürfnis nach der Anti-Terrorismusgesetzgebung in den USA. Auch zeigt sich dies an der beginnenden Herausbildung eines „Right to Information Privacy“, welches bisher noch keine verfassungsrechtliche Anerkennung erfahren hat.

Das bis dato entwickelte Right to Privacy hat staatliches Eindringen in konkrete, intime, private Entscheidungen für einen bestimmten Lebensentwurf im Blick. Es wurde vom Supreme Court in der Entscheidung *Griswold v. Connecticut* als ein nicht ausdrücklich in der Verfassung genanntes Grundrecht anerkannt (non-textual).<sup>743</sup> Es wird herangezogen zum Schutze der sexuellen Autonomie (Verhütungsmittel, Abtreibung, Homosexualität), dem Schutz des familiären Zusammenlebens sowie zum „right to die“.<sup>744</sup> Diese Seite des „Constitutional Right to Privacy“ wird auch als „Decisional Privacy“ beschrieben, welches die Freiheit betrifft, das eigene Leben ungestört von staatlichen Einflüssen, den persönlichen Vorstellungen entsprechend zu führen und die verschiedenen Entscheidungen der Lebensführung nicht durch staatliche Vorgaben beeinflussen zu lassen.<sup>745</sup>

Einen anerkannten verfassungsrechtlichen Schutz persönlichkeitsbezogener Informationen und Daten bietet die Grundrechtsordnung der Vereinigten Staaten nach der Rechtsprechung des Supreme Court sehr vereinzelt im Rahmen der Rede- und Assoziationsfreiheit, sofern es um konkrete, damit zusammenhängenden Informationen geht.<sup>746</sup>

---

<sup>740</sup> Ebenda.

<sup>741</sup> *Meyer v. State of Nebraska* (1923); *Olmstead v. United States* (1928); *Griswold v. Connecticut* (1965); *Stanley v. Georgia* (1969); *Roe v. Wade* (1973); *Doe v. Bolton* (1973); *Doe v. McMillan* (1973); *Paris Adult Theatre I v. Slaton* (1973); *Paul v. Davis* (1976); *Whalen v. Roe* (1977); *Carey v. Population Services International* (1977); *Maher v. Roe* (1977); *Nixon v. Administrator of General Services* (1977); *Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.* (1983); *Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists* (1986); *Bowers v. Hardwick* (1986); *Webster v. Reproductive Health Services* (1989); *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992); *Washington v. Glucksberg* (1997); *Wilson v. Layne* (1999); *Reno v. Condon* (2000); *Lawrence v. Texas* (2003).

<sup>742</sup> *Eberle*, Edward J., THE RIGHT TO INFORMATION SELF-DETERMINATION, in: Utah Law Review 2001 Utah L. Rev. 965.

<sup>743</sup> *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965).

<sup>744</sup> Begrifflichkeiten übernommen aus *Schefer*, Markus S. 73ff. siehe aber auch *Brugger*, Winfried, Grundrechte S. 104 ff.

<sup>745</sup> *Solove*, Daniel J., Privacy, Information and Technology (Aspen, New York, 2006) S. 1.

<sup>746</sup> Z.b. Geheimhaltung einer Abtreibung, *Brugger*, Winfried, Grundrechte S. 128.

Nach der Rechtsprechung des Supreme Court nicht zum Right to Privacy gehörig, jedoch thematisch eng mit dem hier relevanten Aspekt des Right to Privacy in Verbindung stehend, ist der „Expectation of Privacy Test“ welcher in *Katz v. United States* entwickelt wurde.<sup>747</sup> Dieser Test wird auf den Vierten Zusatzartikel und damit auf den – an sich strafprozessual geprägten – Schutz vor ungesetzlichen Durchsuchungen („search and seizures“) zurückgeführt.<sup>748</sup> Die Schnittstelle zu der modernen Ausprägung des Rechts auf den Schutz der Privatsphäre liegt in dem Verständnis desselbigen als Schutz vor dem Eindringen der öffentlichen Hand in den Bereich intimer, persönlicher Daten (z.B. bei Onlinedurchsuchungen). Der Probable Cause Standard aus dem Vierten Zusatzartikel ist insoweit entscheidend.

Ein direkt in dem Right to Privacy wurzelndes Recht auf den Schutz persönlicher Daten klingt vor allem in der Entscheidung *Whalen v. Roe* an.<sup>749</sup> Hierin wird mitunter die Entwicklung eines Constitutional Right to Information Privacy gesehen.<sup>750</sup> Seither ist die Entwicklung dieses verfassungsrechtlich geschützten Individualrechts – abgesehen von einigen instanzgerichtlichen Entscheidungen – jedoch nicht wesentlich fortgeschritten.<sup>751</sup>

Darüber hinaus hat sich die Legislative mit dem Privacy Act aus dem Jahre 1974<sup>752</sup> den Schutz persönlichkeitsbezogener Daten zur Aufgabe gemacht.

Abgesehen von dem auf Verfassungsebene etablierten Right to Privacy wird in den letzten Jahren zunehmend ein explizites Right to Information Privacy in der amerikanischen Jurisprudenz diskutiert. In Abgrenzung zu dem Right to Privacy als Decisional Privacy rückt hier die Sensibilität der Sammlung, Verwendung und Offenlegung privater Informationen in den Fokus.<sup>753</sup> Es beginnt sich ein Right to Information Privacy zu etablieren, welches als solches zwar noch nicht ausdrücklich vom Supreme Court anerkannt ist, jedoch in der

---

<sup>747</sup> *Katz v. United States* (Supreme Court) 389 U.S. 347.

<sup>748</sup> Vgl. oben unter II.B.4.c)(5).

<sup>749</sup> 429 U.S. 589 (1977).

<sup>750</sup> Solove, Daniel J., Privacy, Information and Technology S. 29.

<sup>751</sup> Vgl. *United States v. Westinghouse*, 638 F.2d 570, 577ff. (3d Cir. 1980); Eberle, Edward J., INFORMATION SELF-DETERMINATION S. 967.

<sup>752</sup> Pub.L. 93–579.

<sup>753</sup> Vgl. Solove, Daniel J., Privacy, Information and Technology S. 1; Eberle, Edward J., INFORMATION SELF-DETERMINATION.

amerikanischen Rechtslehre im Begriff ist, Fuß zu fassen.<sup>754</sup> *Solove, Rotenberg und Schwartz* betonen in diesem Zusammenhang, dass eine strikte Trennung zwischen Decisional Privacy und Information Privacy nicht möglich ist:

*„However, information privacy increasingly incorporates elements of decisional privacy as the use of data both expands and limits individual autonomy.“*<sup>755</sup>

Die Erkenntnis, dass die freie, von staatlicher Seite unbeeinflusste Lebensführung im Sinne der vom Supreme Court anerkannten Decisional Privacy eng mit der Right to Information Privacy im Sinne des Rechts auf die Vertraulichkeit persönlicher Informationen verknüpft ist, lässt gerade vor dem Hintergrund der Eingriffe durch die Anti-Terrorismusgesetzgebung erahnen, dass die Anerkennung eines Right to Information Privacy als grundrechtliche Gewährleistung in den USA vermutlich nur noch eine Frage der Zeit ist. Eine entsprechende ausdrückliche Forderung findet sich bei *Eberle*.<sup>756</sup>

Die Entwicklung des Right to Privacy auch in seiner beginnenden Ausprägung als Right to Information Privacy soll in der Folge nachvollzogen werden, um es anschließend den Einschränkungen durch die Anti-Terrorismusgesetzgebung gegenüberzustellen.

## (2) Das Right to Privacy nach Warren und Brandeis

Im Jahre 1890 veröffentlichten Warren und Brandeis einen Artikel mit dem Titel „The Right to Privacy“, der die Grundlagen für die Entwicklung eines Individualrechts auf den Schutz der Privatsphäre legte. Sie gehen dabei von einer deliktsrechtlichen Betrachtung des Schutzes der Privatsphäre aus.<sup>757</sup> Grundfall des Eindringens in die Privatsphäre in der Abhandlung ist die Veröffentlichung persönlicher Informationen sowie die Veröffentlichung persönlicher Dokumente durch die Presse.

*Warren* und *Brandeis* plädieren für den Schutz des Einzelnen vor dem Eindringen Dritter – nicht unbedingt der öffentlichen Hand – in die Privatsphäre. Der Anspruch, den die Autoren

---

<sup>754</sup> Vgl. *Solove*, Daniel J., Privacy, Information and Technology S. 1 ff.; vgl. unten unter I.C.3.a)(4)(d).

<sup>755</sup> Vgl. *Solove*, Daniel J., Privacy, Information and Technology S. 1.

<sup>756</sup> *Eberle*, Edward J., INFORMATION SELF-DETERMINATION.

<sup>757</sup> *Warren*, Samuel D.; *Brandeis*, Louis D. S. 195.

verfolgen, ist kein geringerer, als ein neues Individualrecht zu schaffen, von dessen Notwendigkeit sie überzeugt sind.

*„It is our purpose to consider whether the existing law affords a principle which can properly be invoked to protect the privacy of the individual; and, if it does, what the nature and extent of such protection is.“*<sup>758</sup>

Zur Begründung der Existenz dieses Rechts auf den Schutz der Privatsphäre greifen *Warren* und *Brandeis* zunächst auf die Erkenntnis zurück, dass im Laufe der Rechtsentwicklung nicht nur materielle, greifbare Güter unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen, sondern immer mehr auch immaterielle, ideelle Werte Anerkennung durch das geschriebene und ungeschriebene Recht erfahren.<sup>759</sup> Insbesondere ziehen die Autoren den Schutz des geistigen Eigentums als Beleg dafür heran, dass bloße Interna des menschlichen Geistes – wie es letztlich auch das Bedürfnis nach Privatsphäre ist – Gegenstand rechtlichen Schutzbedürfnisses sein kann.<sup>760</sup>

Was die dogmatische Grundlage des Right to Privacy anbelangt, greifen *Warren* und *Brandeis* allerdings ausdrücklich nicht auf den Schutz geistigen Eigentums zurück. Vielmehr kommen Sie in Anlehnung an *Cooley*<sup>761</sup> zu dem Ergebnis, dass das Recht auf den Schutz der Privatsphäre ein elementarer Bestandteil des „right of the individual to be let alone“ sei.<sup>762</sup> Diese Erkenntnis mündet in der für die damalige Zeit bahnbrechenden Feststellung, dass das Recht auf den Schutz der Privatsphäre eine notwendige Voraussetzung des Rechts auf eine vor Verletzungen geschützte Persönlichkeit überhaupt ist.<sup>763</sup> Dieses Recht wiederum ist so essentiell und dem Individuum so selbstverständlich innewohnend, dass es nach Auffassung *Warrens* und *Brandeis'* mit dem Recht auf körperliche Unversehrtheit verglichen werden kann.<sup>764</sup>

*„These considerations lead to the conclusion that the protection afforded to thoughts, sentiments, and emotions, expressed through the medium of writing or of the arts, so far as it consists in preventing publication, is merely an*

---

<sup>758</sup> *Warren, Samuel D.; Brandeis, Louis D. S. 197.*

<sup>759</sup> *Warren, Samuel D.; Brandeis, Louis D. S. 193.*

<sup>760</sup> Ebenda.

<sup>761</sup> *Cooley, Thomas M., A treatise on the law of torts, or the wrongs which arise independently of contract, John Lewis (Hrsg.) (Callaghan & company, 2. Auflage 1888) zitiert in Warren, Samuel D.; Brandeis, Louis D. S. 195.*

<sup>762</sup> *Warren, Samuel D.; Brandeis, Louis D. S. 205.*

<sup>763</sup> Ebenda.

<sup>764</sup> Ebenda.

*instance of the enforcement of the more general right of the individual to be let alone. It is like the right not to be assaulted or beaten, the right not to be imprisoned, the right not to be maliciously prosecuted, the right not to be defamed. In each of these rights, as indeed in all other rights recognized by the law, there inheres the quality of being owned or possessed – and (as that is the distinguishing attribute of property) there may be some propriety in speaking of those rights as property. But, obviously, they bear little resemblance to what is ordinarily comprehended under that term. The principle which protects personal writings and all other personal productions, not against theft and physical appropriation, but against publication in any form, is in reality not the principle of private property, but that of an inviolate personality.*<sup>765</sup>

Besonders auffallend an den aus dem vorletzten Jahrhundert stammenden Aufsatz, ist die noch immer gültige Umschreibung des Individualrechts. Die Autoren stellen fest, dass eben nicht nur das aktuell gesprochene Wort vor einer Veröffentlichung geschützt werden muss, sofern man einen effektiven Schutz der Privatsphäre gewährleisten will. Vielmehr sind nach Auffassung *Warrens* und *Brandeis'* persönlichkeitsbezogene Informationen bzw. die Äußerung von Empfindungen unabhängig von deren „Aggregatzustand“ gleichermaßen von dem Schutzzweck des Right to Privacy betroffen.<sup>766</sup>

Diese Feststellung ist besonders bemerkenswert angesichts der heutzutage herrschenden erheblichen Schwierigkeiten, persönliche Informationen im Rahmen der verschiedensten modernen Kommunikationsformen (z.B. E-Mails) zu schützen. Gerade diese Herausforderung, nämlich intime Informationen unabhängig ihrer Speicherform gleichermaßen einem einheitlichen Schutz zu unterwerfen, stellt auch ein maßgebliches Problem im Rahmen der Anti-Terrorismusgesetzgebung dar.

Insgesamt sehen *Warren* und *Brandeis* den Schutzbereich des Right to Privacy als breit angelegt an. Dessen Stellenwert sehr hoch ansetzend begreifen sie es folgendermaßen:

---

<sup>765</sup> Ebenda.

<sup>766</sup> *Warren*, Samuel D.; *Brandeis*, Louis D. S. 206.

„[...] right to privacy, as a part of the more general right to the immunity of the person, - the right to one's personality.“<sup>767</sup> (Hervorhebung durch den Verfasser.)

Im Rahmen der Umgrenzung des Right to Privacy entwickeln die Autoren in der Folge verschiedene Anhaltspunkte, die dessen Reichweite festlegen sollen. Dabei fallen Argumentationsmuster auf, die auch heute noch – nicht nur von amerikanischen Gerichten – bei der Abwägung herangezogen werden, wie z.B. die Umstände, unter denen schützenswerte Informationen von dem Betroffenen in die Welt gebracht wurden. Es stellt sich nach Auffassung *Warrens* und *Brandeis'* die Frage, inwieweit der Betroffene ein nachvollziehbares Interesse daran hat, sich auf die Vertraulichkeit der Informationsweitergabe verlassen zu können.<sup>768</sup> Dies wiederum erinnert an den in den 1960er Jahre entwickelten „reasonable expectation of privacy - test“.<sup>769</sup>

Von der amerikanischen Jurisprudenz wurde der Aufsatz „The Right to Privacy“ unter anderem als „most influential law review article of all“ bezeichnet.<sup>770</sup> Er habe ein neues Kapitel amerikanischen Rechts geschaffen.<sup>771</sup> Tatsächlich können die Ausführungen als zeitlose Charakterisierung des essentiellen Individualrechts auf die Gewährleistung eines von äußeren Einflüssen unbeeinträchtigten inneren Refugiums bewertet werden. Sie besitzen noch immer Gültigkeit und können in ihrer wertsetzenden Funktion heutzutage nur noch stärker betont werden.

### (3) Die Entwicklung des Right to Privacy in der Rechtsprechung des Supreme Court unter der Due Process Clause

Die Entwicklung eines verfassungsrechtlich geschützten Individualrechts auf den Schutz der Privatsphäre fand in der Rechtsprechung des Supreme Court im Bereich des Decisional Privacy statt und nicht in dem der Information Privacy. Das Right to Privacy wird in der Rechtsprechung des Supreme Court seit den Beginn seiner modernen Entwicklung in den 1960er Jahren damit an dem Schutz einer selbstbestimmten und von staatlichen

<sup>767</sup> Warren, Samuel D.; Brandeis, Louis D. S. 207.

<sup>768</sup> Warren, Samuel D.; Brandeis, Louis D. S. 216.

<sup>769</sup> Vgl. unten unter V.C.3.a)(1)(b)(ii).

<sup>770</sup> *Kalven*, Harry, Privacy in Tort Law - Were Warren & Brandeis Wrong?, in: Law and contemporary problems (1966) 31 L. & Contemp. Probs. 326, 327.

<sup>771</sup> *Pound*, Roscoe, zitiert in *Solove*, Daniel J., Privacy, Information and Technology S. 9.

Einflussnahmen freien Lebensführung orientiert. Diese Decisional Privacy wurde zu dieser Zeit vor allem im Bereich der sexuellen Selbstbestimmung und dem familiären Zusammenleben<sup>772</sup> relevant, sodass sich hier die ersten Leitentscheidungen des Supreme Court zum Right to Privacy finden.<sup>773</sup> Erstmals vom Supreme Court anerkannt wurde das Right to Privacy in der Entscheidung *Griswold v. Connecticut*.<sup>774</sup>

In der Sache sind die verschiedenen in diesem Bereich ergangenen Entscheidungen nur bedingt für die vorliegende Arbeit relevant. Festzustellen bleibt insoweit, dass man sich *Solove*, *Rotenberg* und *Schwartz* anschließen muss, wenn sie vertreten, dass Decisional Privacy und Information Privacy nicht isoliert voneinander zu betrachten sind. Dies wird beispielsweise in der Entscheidung *Eisenstadt v. Baird* deutlich. Hier ging es um das Recht zur Anwendung von Verhütungsmitteln, welche in den sechziger Jahren bis zur Entscheidung *Griswold v. Connecticut*<sup>775</sup> vollständig verboten waren.

*„If the right to privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child.“*<sup>776</sup>

Das Right to Privacy als Schutz vor einem unbefugten Eindringen der öffentlichen Hand in die Privatsphäre anzuerkennen und dies als Essenz der Decisional Privacy zu verstehen, steht bei *Eisenstadt v. Baird*<sup>777</sup> im Mittelpunkt. Dieses Verständnis des Right to Privacy lässt sich problemlos zu dem Grundgedanken der Information Privacy fortschreiben. Sowohl das vom Supreme Court in den sechziger Jahren verfassungsrechtlich etablierte Right to Privacy, als auch das heute sich in der amerikanischen Rechtswissenschaft verfestigende Right to Information Privacy haben damit den gleichen Stamm.

---

<sup>772</sup> Schefer, Markus S. 79.

<sup>773</sup> Die wesentlichen nach „The Right to Privacy: Historic Supreme Court Decisions“ (LandMark Case Law, LandMark Publications (2011):

*Meyer v. State of Nebraska* (1923); *Olmstead v. United States* (1928); *Griswold v. Connecticut* (1965); *Stanley v. Georgia* (1969); *Roe v. Wade* (1973); *Doe v. Bolton* (1973); *Doe v. McMillan* (1973); *Paris Adult Theatre I v. Slaton* (1973); *Paul v. Davis* (1976); *Whalen v. Roe* (1977); *Carey v. Population Services International* (1977); *Maher v. Roe* (1977); *Nixon v. Administrator of General Services* (1977); *Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.* (1983); *Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists* (1986); *Bowers v. Hardwick* (1986); *Webster v. Reproductive Health Services* (1989); *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992); *Washington v. Glucksberg* (1997); *Wilson v. Layne* (1999); *Reno v. Condon* (2000); *Lawrence v. Texas* (2003).

<sup>774</sup> *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479.

<sup>775</sup> *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479.

<sup>776</sup> *Eisenstadt v. Baird* 405 U.S. 438, 453 (1972).

<sup>777</sup> Ebenda.

Als wesentliche Entwicklung gegenüber dem Aufsatz *Warrens* und *Brandeis'* ist festzustellen, dass der Supreme Court das Right to Privacy bereits als verfassungsrechtlich geschütztes Individualrecht anerkennt. Das Right to Privacy ist damit nicht nur eine deliktsrechtlich geschützte Rechtsposition, sondern ein Grundrecht. Dieses Grundrecht stützt der Supreme Court auf die substantielle Deutung der Due Process Clause<sup>778</sup>, nach der gewisse nicht ausdrücklich in der Verfassung erwähnten Grundrechte aus dem Due Process Gebot im Vierzehnten Zusatzartikel folgen.<sup>779</sup> Damit wird es den textlich verankerten Grundrechten gleichgestellt und dem strict scrutiny test unterworfen.<sup>780</sup>

#### (4) Der Schutz persönlicher Informationen

Der Schutz persönlicher Informationen ist in der Rechtsentwicklung der USA durch verschiedene Einflüsse geprägt. Für die vorliegende Abhandlung ist vor allem der Schutz persönlicher Informationen vor Eingriffen der öffentlichen Hand von Belang.

##### *(a) Schutz persönlichkeitsbezogener Daten im Rahmen der Rede- und Assoziationsfreiheit*

Im Rahmen des Schutzes der Vereinigungs- und Assoziationsfreiheit sowie der Redefreiheit im Ersten Zusatzartikel, werden vom Supreme Court als Annex damit zusammenhängende persönliche Informationen geschützt.<sup>781</sup>

In *NAACP v. Alabama*<sup>782</sup> anerkannte der Supreme Court beispielsweise das aus der Vereinigungsfreiheit folgende Schutzrecht vor der Offenlegung der Mitgliedschaft in einer Vereinigung an. Der Supreme Court sah kein rechtfertigendes Interesse des Bundesstaates Alabama für den Zwang der Offenlegung der Mitgliederlisten der NAACP (National Association for the Advancement of Colored People).<sup>783</sup> In der gesamten Entscheidung wird jedoch ein Right to Privacy oder gar der Terminus Information Privacy nicht erwähnt. Vielmehr wird die Vertraulichkeit der Mitgliederlisten einer Vereinigung als Bestandteil der Vereinigungsfreiheit verstanden und von diesem Grundrecht abgeleitet.

---

<sup>778</sup> Vgl. oben unter II.C.2.a).

<sup>779</sup> *Brugger*, Winfried, Einführung S. 104.

<sup>780</sup> *Brugger*, Winfried, Einführung S. 104; vgl. oben unter VI.C.2.g)(2).

<sup>781</sup> *Brugger*, Winfried, Grundrechte S. 128.

<sup>782</sup> *NAACP v. Alabama* 357 U.S. 449 (1958); vgl. auch *Buckley v. Valeo* 424 U.S. 1 (1976).

<sup>783</sup> *NAACP v. Alabama* 357 U.S. 449 S. 466.

*„It is hardly a novel perception that compelled disclosure of affiliation with groups engaged in advocacy may constitute as effective a restraint on freedom of association as the forms of governmental action in the cases above were thought likely to produce upon the particular constitutional rights there involved. This Court has recognized the vital relationship between freedom to associate and privacy in one's associations.“<sup>784</sup>*

Ein Informationsschutz als selbstständiges verfassungsrechtlich verankertes Recht, hat der Supreme Court hier noch nicht im Blick. Vielmehr geht es dem Supreme Court bei der Etablierung eines auf Grundrechtsebene angesiedelten Rechts auf den Schutz vertraulicher Informationen um ein Minderheitenrecht als Derivat der Vereinigungsfreiheit. Der Einzelne soll vor Repressalien aufgrund der Mitgliedschaft in einer bestimmten Organisation bewahrt werden.

*„Inviolability of privacy in group association may in many circumstances be indispensable to preservation of freedom of association, particularly where a group espouses dissident beliefs.“<sup>785</sup>*

In *McIntyre v. Ohio Election Comm'n*<sup>786</sup> ordnete der Supreme Court das Recht auf Anonymität – einer der wesentlichen Punkte im Rahmen des heutigen Verständnisses vom Right to Information Privacy – dem Recht der Redefreiheit im Ersten Zusatzartikel zu. Zur Information der Wähler in einem Wahlkampf sah ein Gesetz des Bundesstaates Ohio die Veröffentlichung der Namen aller Personen vor, die sich während des Wahlkampfes durch Veröffentlichungen exponierten. Dies verstoße gegen den Aspekt der freien Rede im Ersten Zusatzartikel.

*„Under our Constitution, anonymous pamphleteering is not pernicious, fraudulent practice, but an honorable tradition of advocacy and of dissent; anonymity is a shield from the tyranny of the majority. [...] The freedom to publish anonymously is protected by the First Amendment, and, as Talley indicates, extends beyond the literary realm to the advocacy of political causes.“<sup>787</sup>*

---

<sup>784</sup> *NAACP v. Alabama* 357 U.S. 449 S. 462.

<sup>785</sup> Ebenda.

<sup>786</sup> *McIntyre v. Ohio Election Comm'n* 514 U.S. 334 (1995).

<sup>787</sup> Ebenda.

Auch hier steht nach dem Urteil des Supreme Court weniger der Gedanke des Right to Privacy bzw. der Information Privacy im Mittelpunkt der Betrachtung. Vielmehr werden diese Elemente als Reflex der effektiven Gewährleistung der Redefreiheit geschützt.

(b) *Der Schutz unter Due Process Clause - Whalen v. Roe*

Ein verfassungsrechtlich anerkanntes Recht auf den Schutz vertraulicher Daten diskutiert der Supreme Court erstmals in *Whalen v. Roe*.<sup>788</sup> Hier ging es um ein Gesetz des Staates New York, dass es Ärzten und Apothekern gebot, die Verschreibung bzw. dem Verkauf bestimmter Medikamente zu dokumentieren. Es sollten die persönlichen Daten der Patienten erfasst und zusammen mit dem Rezept bei der Gesundheitsbehörde eingereicht werden. Hier sollten die Daten fünf Jahre lang elektronisch gespeichert werden. Der Supreme Court bestätigte die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes, maß es allerdings zum ersten Mal an einem Individualrecht mit Verfassungsrang, das das Recht umfasst, „die Offenbarung privater Angelegenheiten zu verhindern.“<sup>789</sup>

Anders als der New Yorker District Court<sup>790</sup>, sah der Supreme Court die Regelung des Staates New York als verfassungsrechtlich unproblematisch an. Aus der Argumentation des Gerichts geht hervor, dass es sich bei der Speicherung dieser Daten bei den Gesundheitsbehörden um eine verfassungsrechtlich zulässige gesetzgeberische Maßnahme handle. Es verwirft apodiktisch die verschiedenen Bedenken der Beschwerdeführer, welche vor allem den Missbrauch der Informationen sowie die Gefahr der Stigmatisierung durch die Veröffentlichung derselbigen befürchteten. Hieraus erwachse laut Beschwerdeführer eine gefährliche Hemmschwelle, zukünftig von medizinischer Hilfe Gebrauch zu machen. Der Supreme Court folgt dem nicht, sondern stellt fest, dass die Sammlung und elektronische Speicherung der Daten im Interesse einer modernen Gesundheitsorganisation hinzunehmen seien.<sup>791</sup>

*„Nevertheless, disclosures of private medical information to doctors, to hospital personnel, to insurance companies, and to public health agencies are often an essential part of modern medical practice even when the disclosure may reflect unfavorably on the character of the patient. Requiring such*

<sup>788</sup> *Whalen v. Roe* 429 U.S. 589.

<sup>789</sup> *Whalen v. Roe* 429 U.S. 589 S. 599.

<sup>790</sup> D.C.N.Y. 403 F.Supp. 931 (1975).

<sup>791</sup> *Whalen v. Roe* 429 U.S. 589 S. 603.

*disclosures to representatives of the State having responsibility for the health of the community, does not automatically amount to an impermissible invasion of privacy.*<sup>792</sup>

Aus heutiger Sicht mutet diese kritiklose Hinnahme der Speicherung solch empfindlicher Daten befremdlich an. Allerdings geht der Supreme Court in der Folge im Rahmen eines obiter dictum in bis dato noch nicht gekannter Weise auf die Sensibilität vertraulicher Daten und die Gefahren der zentralen Erhebung und Speicherung durch die öffentliche Hand ein:<sup>793</sup>

*„We are not unaware of the threat to privacy implicit in the accumulation of vast amounts of personal information in computerized data banks or other massive government files. The collection of taxes, the distribution of welfare and social security benefits, the supervision of public health, the direction of our Armed Forces, and the enforcement of the criminal laws all require the orderly preservation of great quantities of information, much of which is personal in character and potentially embarrassing or harmful if disclosed. The right to collect and use such data for public purposes is typically accompanied by a concomitant statutory or regulatory duty to avoid unwarranted disclosures. [...] in some circumstances that duty arguably has its roots in the Constitution [...]“*<sup>794</sup> (Hervorhebung durch den Verfasser.)

Der Supreme Court setzt dem Informationserhebungsinteresse der öffentlichen Hand hier erstmals ausdrücklich ein Individualrecht auf die Wahrung der Vertraulichkeit privater Informationen entgegen, welches unter gewissen Umständen seine Grundlage in der Verfassung finde. Die verfassungsrechtliche Verankerung dieses Rights to Information Privacy, wird es auch nicht ausdrücklich in der Entscheidung benannt, ist damit das für die Zukunft prägende Element von *Whalen v. Roe*.

Die verfassungsrechtliche Ausrichtung dieses Rechts auf die Vertraulichkeit bestimmter Daten findet nach der concurring opinion *Brennans* seine Grundlage in dem Right to Privacy, wie es in *Griswold v. Connecticut*<sup>795</sup> anerkannt wurde.<sup>796</sup> Er geht davon aus, dass im Falle einer weitergehenden Offenlegung der intimen Patientendaten das Right to Privacy tangiert

---

<sup>792</sup> Ebenda.

<sup>793</sup> *Whalen v. Roe* 429 U.S. 589 S. 605.

<sup>794</sup> Ebenda.

<sup>795</sup> *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479.

<sup>796</sup> *Whalen v. Roe* 429 U.S. 589 S. 606.

wäre und dieser Eingriff nur auf Grundlage des strict scrutiny tests<sup>797</sup> - also bei Vorliegen zwingender Erfordernisse - gerechtfertigt wäre.<sup>798</sup>

*„Broad dissemination by state officials of such information, however, would clearly implicate constitutionally protected privacy rights, and would presumably be justified only by compelling state interests.“*<sup>799</sup>

Dieser concurring opinion *Brennans*, die eher einem weiteren obiter dictum gleicht, vermag *Steward* nicht zu folgen. In seiner concurring opinion zu dem Urteil stellt er als Antwort auf *Brennan* klar, dass er in *Whalen v. Roe* explizit keine Anerkennung eines Right to Information Privacy mit Verfassungsrang auf Grundlage und in Fortbildung des bereits etablierten Right to Privacy aus *Griswold v. Connecticut*<sup>800</sup> sehe.<sup>801</sup> Dies sei bereits mit der Entscheidung in Sachen *Katz v. United States*<sup>802</sup> festgestellt worden.<sup>803</sup>

Es bleibt damit festzuhalten, dass der Supreme Court in *Whalen v. Roe* ausdrücklich ein Recht auf die Vertraulichkeit persönlicher Daten anerkennt.<sup>804</sup> Dieses Schutzrecht soll unter gewissen Umständen einen verfassungsrechtlichen Charakter haben. Genauer erläutern der Supreme Court zu diesen Umständen nicht.

### (c) *Der Schutz unter dem Vierten Zusatzartikel*

#### (i) *Einleitende Bemerkungen*

In verschiedenen Entscheidungen hatte der Supreme Court erörtert, ob und inwieweit die Informationserhebung durch die verschiedenen Ermittlungsmethoden der Strafverfolgungsbehörden und Geheimdienste durch den Schutz des Vierten Zusatzartikels reglementiert ist. Darauf wurde bei den einschlägigen Bestimmungen des P. Act bereits eingegangen.<sup>805</sup>

---

<sup>797</sup> Vgl. oben unter I.C.2.g)(2).

<sup>798</sup> *Whalen v. Roe* 429 U.S. 589 S. 606.

<sup>799</sup> Ebenda.

<sup>800</sup> *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479.

<sup>801</sup> *Whalen v. Roe* 429 U.S. 589 S. 607/608.

<sup>802</sup> *Katz v. United States* (Supreme Court) 389 U.S. 347; vgl. unten unter V.C.3.a)(1)(b)(iii).

<sup>803</sup> *Whalen v. Roe* 429 U.S. 589 S. 607/608.

<sup>804</sup> Siehe insoweit auch *Brugger*, Winfried, *Privatsphäre* S. 54.

<sup>805</sup> Vgl. oben unter VI.B.4.b).

Der Vierte Zusatzartikel schützt den Einzelnen nach seinem Wortlaut gegen willkürliche Durchsuchungen durch die öffentliche Hand. Er wird daher insbesondere bei strafrechtlichen Ermittlungen relevant, mit denen in die räumliche und ideelle Privatsphäre des Einzelnen eingegriffen wird. Unter dem Vierten Zusatzartikel hat sich in diesem Zusammenhang eine Rechtsprechung entwickelt, welche für die Beurteilung der Anti-Terrorismusgesetzgebung besonders relevant ist. Terminologisch losgelöst von dem Right to Privacy - thematisch jedoch eng mit diesem verknüpft - hatte der Supreme Court die Maßstäbe herauszuarbeiten, nach denen das staatliche Eindringen in die Privatsphäre des Beschuldigten infolge von Ermittlungsmaßnahmen vom Vierten Zusatzartikel geschützt ist. Weichenstellend war insoweit gerade mit Blick auf moderne Ermittlungsmethoden, inwieweit elektronische bzw. telekommunikative Überwachungsmaßnahmen einen Eingriff in den Schutz vor (willkürlichen) Durchsuchungen im Sinne des Vierten Zusatzartikels darstellen. Hier wird die Unterscheidung zwischen ideeller und räumlicher Privatsphäre relevant. Nachdem der Supreme Court zunächst grundsätzlich Eingriffe in die ideelle Privatsphäre von dem Schutzbereich des Vierten Zusatzartikels ausnahm, änderte er seine Rechtsprechung und entwickelte zur Austarierung des Schutzniveaus unter dem Vierten Zusatzartikel in Bezug auf Abhörmaßnahmen der öffentlichen Hand den Reasonable Expectation of Privacy Test.

Es bleibt dabei stets im Auge zu behalten, dass diese Erwägungen nach der Rechtsprechung des Supreme Court von dem etablierten Right to (Decisional) Privacy losgelöst sind und eher als Element eines selbstständigen Right to Information Privacy eingeordnet werden können.<sup>806</sup>

(ii) *Olmstead v. United States*

In *Olmstead v. United States*<sup>807</sup> hatte der Supreme Court darüber zu entscheiden, inwieweit das Anzapfen einer Telefonleitung eines Beschuldigten durch die Polizei mit dem Schutz des Vierten Zusatzartikels der amerikanischen Verfassung kollidieren kann.

*Olmstead* hatte durch gewerblichen Handel mit Alkohol gegen die damals herrschende Prohibition verstoßen. Fraglich war, ob die gegen ihn gesammelten Beweise vor Gericht

---

<sup>806</sup> Solove, Daniel J., Privacy, Information and Technology S. 29.

<sup>807</sup> *Olmstead v. United States* 277 U.S. 438.

verwendet werden konnten. Ein Konflikt mit dem Vierten Zusatzartikel konnte dabei jedoch nur entstehen, wenn man die Auffassung vertrat, der Begriff: „Search“ im Vierten Zusatzartikel umfasse nicht nur den räumlichen Bereich der häuslichen Privatsphäre, sondern auch die ideelle Privatsphäre.

Der Supreme Court kam im Jahre 1928 zu dem Ergebnis, dass eine Durchsuchung in diesem Sinne nur beim Eindringen in die räumlich umgrenzte Wohnung des Bürgers gegeben ist. Das unsichtbare Eindringen durch das Anzapfen von Telefonleitungen sei nach dieser am Wortlaut der Verfassung orientierten Interpretation keine den Schutzbereich betreffende Maßnahme.<sup>808</sup>

*„But that cannot justify enlargement of the language employed beyond the possible practical meaning of houses, persons, papers, and effects, or so to apply the words search and seizure as to forbid hearing or sight. [...] Congress may, of course, protect the secrecy of telephone messages by making them, when intercepted, inadmissible in evidence in federal criminal trials, by direct legislation, and thus depart from the common law of evidence. But the Court may not adopt such a policy by attributing an enlarged and unusual meaning to the Fourth Amendment. [...] We think, therefore, that the Wiretapping here disclosed did not amount to a search or seizure within the meaning of the Fourth Amendment.“<sup>809</sup>*

Diese auch als „property-based literalism“ bezeichnete Argumentation<sup>810</sup> sorgte dafür, dass das Abhören von Telefongesprächen völlig ohne die Überwindung rechtlicher Hürden möglich war. Diesen Missstand beklagte der nunmehr in das Amt eines Supreme Court Richters aufgestiegene *Brandeis* in seiner dissenting opinion zu *Olmstead*. Er will in Fortentwicklung seiner Gedanken aus dem Aufsatz „The Right to Privacy“<sup>811</sup> nunmehr das Recht auf den Schutz der Privatsphäre auf Verfassungsebene ansiedeln und es am Vierten Zusatzartikel festmachen. Dabei argumentiert er wiederum mit dem vitalen Schutzbedürfnis immaterieller Rechtsgüter wie der des Schutzes der Privatsphäre. Es sei den Verfassungsvätern gerade nicht darauf angekommen nur den räumlichen Schutz der

---

<sup>808</sup> *Clancy*, Thomas K., *The Fourth Amendment: its history and interpretation* (Carolina Academic Press, 2008) S. 295.

<sup>809</sup> *Olmstead v. United States* 277 U.S. 438 S. 465-467.

<sup>810</sup> *Clancy*, Thomas K. S. 295.

<sup>811</sup> Vgl. oben unter VI.C.3.a)(2).

häuslichen Mauern festzuschreiben. Der Schutz vor willkürlichen Durchsuchungen im Vierten Zusatzartikel sei vielmehr maßgeblich ideellen Charakters.<sup>812</sup>

*„The protection guaranteed by the amendments is much broader in scope. The makers of our Constitution undertook to secure conditions favorable to the pursuit of happiness. They recognized the significance of man's spiritual nature, of his feelings and of his intellect. They knew that only a part of the pain, pleasure and satisfactions of life are to be found in material things. They sought to protect Americans in their beliefs, their thoughts, their emotions and their sensations. They conferred, as against the government, the right to be let alone—the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men. To protect, that right, every unjustifiable intrusion by the government upon the privacy of the individual, whatever the means employed, must be deemed a violation of the Fourth Amendment.“<sup>813</sup>*

Diese Interpretation des Vierten Zusatzartikels führte dazu, dass - wie *Clancy* polemisiert - die USA in zwei Bereiche unterteilt war, eine verfassungsrechtlich geschützte und eine ungeschützte.<sup>814</sup> Die rein räumlich greifbare Unterteilung ist nicht nur vor dem Hintergrund des Right to Privacy, sondern auch mit Blick auf die im Jahre 1967 folgende Entscheidung des Supreme Court in Sachen *Katz v. United States* bemerkenswert. Dort hat er im Verhältnis zu *Olmstead* eine totale Kehrtwende vollzogen und infolgedessen den Expectation of Privacy Test entwickelt.

*(iii) Katz v. United States - Reasonable Expectation of Privacy*

In *Katz v. United States*<sup>815</sup> hatte sich der Supreme Court im Jahre 1967 wiederum mit einer Abhörmaßnahme der Strafverfolgungsbehörden zu befassen.

*Katz* betrieb illegales Glücksspiel und schloss seine Geschäfte in dieser Sache über eine öffentliche Telefonzelle ab. Die Polizei belauschte diese Gespräche, indem sie von außen ein empfindliches Mikrophon an die Kabine anbrachte. In einem späteren Prozess wurden die Aufzeichnungen als zentrales Beweismittel verwendet. *Katz* wehrte sich hiergegen und unterlag zunächst. Das Bundesberufungsgericht hielt sich an die bisher hervorgebildete

<sup>812</sup> *Olmstead v. United States* 277 U.S. 438 S. 471 ff.

<sup>813</sup> *Olmstead v. United States* 277 U.S. 438 S. 478.

<sup>814</sup> *Clancy*, Thomas K. S. 296.

<sup>815</sup> *Katz v. United States* (Supreme Court) 389 U.S. 347.

Rechtsprechung des Supreme Court zu Abhörmaßnahmen. Deren Relevanz im Rahmen des Vierten Zusatzartikels verneinte es im Anschluss an *Olmstead* und die darauf folgenden Entscheidungen.<sup>816</sup>

*„Evidence obtained by the government through the recording of defendant's end of conversations in a telephone booth did not constitute an illegal search and seizure in violation of the Fourth Amendment where there was no physical entrance into the area occupied by defendant, and where the conversations were picked up and recorded by attaching microphones to the outside of the telephone booth with tape.“*<sup>817</sup>

Das Berufungsgericht hält bei der Prüfung der Betroffenheit des Schutzbereichs des Vierten Zusatzartikels die räumliche Überschreitung der Privatsphäre für erforderlich.

Diese Sichtweise verwarf der Supreme Court jedoch in der Folge zugunsten einer ideellen, an der überwachten Person orientierten Bewertung der Überwachungsmaßnahme in Bezug auf den verfassungsrechtlichen Schutz der Privatsphäre. In *Katz* stellte der Supreme Court in Abkehr von *Olmstead* damit nicht nur Räumlichkeiten, sondern auch Personen unter den Schutz des Vierten Zusatzartikels. Der Supreme Court stellt fest:

*„For the Fourth Amendment protects people, not places. What a person knowingly exposes to the public, even in his own home or office, is not a subject of Fourth Amendment protection. [...] But what he seeks to preserve as private, even in an area accessible to the public, may be constitutionally protected.“*<sup>818</sup>

Beinahe die dissenting opinion von *Brandeis* in *Olmstead* wiederholend, gibt der Supreme Court ausdrücklich die dort von der Mehrheit vertretene Auffassung auf. Er verwirft damit nicht nur das Urteil des Berufungsgerichts, sondern überwindet die Präjudizwirkung<sup>819</sup> von *Olmstead*.

*„We conclude that the underpinnings of Olmstead and Goldman have been so eroded by our subsequent decisions that the 'trespass' doctrine there enunciated can no longer be regarded as controlling. The Government's activities in electronically listening to and recording the petitioner's words*

---

<sup>816</sup> z.B. *Lee v. United States* 343 U.S. 747.

<sup>817</sup> *Katz v. United States* (Berufungsinstanz) 369 F.2d 130.

<sup>818</sup> *Katz v. United States* (Supreme Court) 389 U.S. 347 S. 351.

<sup>819</sup> Vgl. *Rau*, Christian, Selbst entwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts (Duncker & Humblot, Berlin, 1996) S. 60ff.

*violated the privacy upon which he justifiably relied while using the telephone booth and thus constituted a 'search and seizure' within the meaning of the Fourth Amendment. The fact that the electronic device employed to achieve that end did not happen to penetrate the wall of the booth can have no constitutional significance.*<sup>820</sup>

Damit macht der Supreme Court zwei wesentliche Schritte hin zu einer modernen Anforderungen sich annähernden Interpretation der Privatsphäre. Zum einen überwindet er das rein wörtliche Verständnis des Begriffs „search“, indem es *Olmstead* seine Präzedenzwirkung nimmt und an dessen Stelle eine am Telos orientierte Auslegung ermöglicht. Darüber hinaus deutet der Supreme Court ein wegweisendes Verständnis der Privatsphäre an, an dessen Grundgedanken sich noch heute jede Abwägung des Rechts des Einzelnen auf den Schutz seiner Privatsphäre gegenüber dem öffentlichen Interesse an einer Veröffentlichung orientiert. Er differenziert zwischen Bereichen, die das Individuum bewusst nach außen trägt und solchen, die er versucht von Dritten fernzuhalten. Dies zieht der Supreme Court als Kriterium zur Bewertung der Frage heran, ob überhaupt eine Durchsuchung stattfindet, oder ob nicht die betroffene Person den Sachverhalt bereits selbstständig veröffentlicht hat. Eine Konkretisierung dieses Gedankens findet sich in dem von *Harlan* in seiner concurring opinion entwickelten Reasonable Expectation of Privacy Test:

*„My understanding of the rule that has emerged from prior decisions is that there is a twofold requirement, first that a person have exhibited an actual (subjective) expectation of privacy and, second, that the expectation be one that society is prepared to recognize as 'reasonable.'” (Hervorhebung durch den Verfasser).*

Dieser Test zur Beurteilung der Frage, ob im konkreten Fall eine Durchsuchung („search“) im Sinne des Vierten Zusatzartikels gegeben ist, wird in *Smith v. Maryland* zur geltenden Rechtsprechung des Supreme Court.<sup>821</sup>

Die Annahme, dass Abhörmaßnahmen der Polizei den Schutzbereich des Vierten Zusatzartikel betreffen, lässt *Katz* vor dem Supreme Court jedoch nicht obsiegen. Er kommt nämlich zu dem Ergebnis, dass die konkrete Maßnahme - tangiert sie auch die Grundrechte

---

<sup>820</sup> *Katz v. United States* (Supreme Court) 389 U.S. 347 S. 353.

<sup>821</sup> *Smith v. Maryland* 442 U.S. 735 (1979).

des Betroffenen - vor dem Hintergrund des konkreten Vorgehens der Polizei in Relation zum Strafverfolgungsinteresse gerechtfertigt ist.

*„The question remaining for decision, then, is whether the search and seizure conducted in this case complied with constitutional standards. In that regard, the Government's position is that its agents acted in an entirely defensible manner: They did not begin their electronic surveillance until investigation of the petitioner's activities had established a strong probability that he was using the telephone in question to transmit gambling information to persons in other States, in violation of federal law. Moreover, the surveillance was limited, both in scope and in duration, to the specific purpose of establishing the contents of the petitioner's unlawful telephonic communications. The agents confined their surveillance to the brief periods during which he used the telephone booth, and they took great care to overhear only the conversations of the petitioner himself. “*

Auch die hier zur Anwendung gelangenden Kriterien zur grundrechtlichen Bewertung von Eingriffen der Polizei haben wegweisende Wirkung. Sowohl die Frage, unter welchem Verdachtsgrad eine Überwachung stattfindet, wie breit sie angelegt ist und inwieweit Grundrechte nicht betroffener Dritter in Mitleidenschaft gezogen werden, spielen bei der Bewertung des Strafverfolgungsanspruchs in Abwägung mit dem Recht auf Privatsphäre noch heute eine zentrale Rolle. Mithin findet der Supreme Court in *Katz* eine flexible<sup>822</sup> Handhabe zur Beurteilung von polizeilicher Überwachung, welche in der Folge verschiedene Wege nehmen konnte. *Katz* ließ genug Spielraum, um in der Zukunft eine an den Erfordernissen des Computerzeitalters orientierte Definition eines Right to Information Privacy zu entwickeln.

#### (iv) Folgen

Wie bereits angedeutet, wurde der Reasonable Expectation of Privacy Test, der zunächst lediglich in einer concurring opinion aufgeworfen wurde, in *Smith v. Maryland*<sup>823</sup> zur ständigen Rechtsprechung des Supreme Court und gilt als solcher noch heute. In *Smith* wurde allerdings auch festgestellt, dass Pen Registers nicht den Schutzbereich des Vierten

---

<sup>822</sup> *Clancy*, Thomas K. S. 296.

<sup>823</sup> *Smith v. Maryland* 442 U.S. 735.

Zusatzartikels berühren.<sup>824</sup> Pen Registers eröffnen die Möglichkeit für Strafverfolgungsbehörden, die äußeren Umstände einer auf telekommunikativer Ebene stattfindenden Konversation zu ermitteln. Unter den äußeren Umständen der Telekommunikation sind Informationen über die beteiligten Personen, die Tatsache, dass Kommunikation stattfindet sowie Zeit, Ort und Dauer derselbigen zu verstehen. In Bezug hierauf bestehe keine Reasonable Expectation of Privacy.

Ein weiteres Resultat von *Katz* und der folgenden Entscheidungen war, dass der verfassungsrechtliche Schutz der Privatsphäre vor willkürlichen Durchsuchungen durch den Vierten Zusatzartikel dem Gesetzgeber nicht weit genug ging.<sup>825</sup> Der Gesetzgeber war der Auffassung, dass Abhörmaßnahmen durch die Strafverfolgungsbehörden nur unter strengen Voraussetzungen möglich sein sollten. Um dafür ein Regime zu entwickeln, schuf der Gesetzgeber 1968 den Titel III im Omnibus Crime Control and Safe Streets Act.<sup>826</sup> Hiermit stellt der Gesetzgeber Abhörmaßnahmen ohne vorherige die Einhaltung der in Titel III genannten Voraussetzungen unter Strafe.<sup>827</sup> Die maßgebliche Voraussetzung ist eine gerichtliche Anordnung der Abhörmaßnahme nach 18 U.S.C. 2518 (sog. Ex Parte Order), welche nur unter engen Voraussetzungen (Verdacht der Begehung einer Straftat durch den Betroffenen, Benennung des konkreten Zwecks der Abhörmaßnahme, Eingrenzung der Maßnahme etc.) erteilt werden sollte. Durch den Electronic Communications Privacy Act (ECPA) aus dem Jahre 1986 ergänzte der Gesetzgeber Titel III und passte ihn an die technischen Entwicklungen an.<sup>828</sup>

Als weitere für die Entwicklung des Right to Information Privacy relevante Gesetzgebung ist der „Communications Assistance for Law Enforcement Act“ aus dem Jahre 1994 sowie der FISA aus dem Jahre 1972 zu nennen.<sup>829</sup>

(v) *Der Vierte Zusatzartikel und das Right to Information Privacy*

---

<sup>824</sup> *Solove*, Daniel J., Information privacy law (Aspen, New York, 3. Auflage 2009) S. 313; vgl. oben unter II.B.4.b)(2).

<sup>825</sup> *Herman*, Susan N. 71f.

<sup>826</sup> 18 U.S.C. 2510-2522 (Title III).

<sup>827</sup> Vgl. oben unter II.B.4.b)(2).

<sup>828</sup> Zu den Grundzügen des geltenden Rechts siehe bereits oben unter II.B.4.b) und II.B.4.c).

<sup>829</sup> Vgl. oben unter II.B.4.c).

Obwohl sich in *Katz* und in *Smith* eine verfassungsrechtliche Grundlage entwickelt hatte, nach der sich ein Right to Information Privacy mit Verfassungsrang auf Grundlage des Vierten Zusatzartikels hätte etablieren können, geschah dies in der Folge nicht. Das Right to Privacy in seinen verschiedenen Ausprägungen wird vielmehr unter die substantielle Deutung der Due Process Clause im Vierzehnten Zusatzartikel gefasst.<sup>830</sup> Die Frage, ob auch ein Right to Information Privacy auf Grundlage der Due Process Clause existiert, wird - wie dargestellt - nicht einheitlich beurteilt.

Der Vierte Zusatzartikel spielt auch in der Darstellung *Soloves* zum Information Privacy Law lediglich eine untergeordnete Rolle, sofern es um die Begründung eines verfassungsrechtlich etablierten Right to Information Privacy geht.<sup>831</sup> Zwar werden breite Ausführungen zu den gesetzlichen Vorschriften zur Regelung der Überwachung von Telekommunikation und elektronischer Kommunikation gemacht. Auch die hierzu vom Gesetzgeber geschaffenen Regelungen werden dargestellt.<sup>832</sup> Allerdings gibt dies nichts für die Feststellung eines Grundrechts auf die Vertraulichkeit persönlicher Informationen her. Durch die Abhandlung einfachgesetzlicher Normen wird vielmehr verdeutlicht, dass es unter dem Vierten Zusatzartikel kein Right to Information Privacy auf Verfassungsebene gibt.

Auch *Clancy* erkennt zwar die Herausforderungen der neuen Technologien für die Interpretation des Vierten Zusatzartikels, schließt daraus für ein Right to Information Privacy folgend aus dem Vierten Zusatzartikel jedoch keine wegweisenden Schlüsse.<sup>833</sup>

#### (d) *Diskussion in der Literatur*

##### (i) *Westin Privacy and Freedom*

Eine bedeutende rechtsphilosophische Grundlage für ein modernes Verständnis der Privatsphäre legte *Westin* in seiner Abhandlung *Privacy and Freedom* aus dem Jahre 1967.<sup>834</sup> Sein modernes Verständnis gibt wichtige Anhaltspunkte für die Definition der Reichweite eines Rechts auf den Schutz der Privatsphäre in einer modernen Demokratie.

---

<sup>830</sup> *Brugger*, Winfried, Grundrechte S. 128.

<sup>831</sup> *Solove*, Daniel J., Information Privacy Law S. 233-385.

<sup>832</sup> *Solove*, Daniel J., Privacy, Information and Technology S. 83 ff.

<sup>833</sup> *Clancy*, Thomas K. S. 309ff.

<sup>834</sup> *Westin*, Alan F., *Privacy and Freedom* (The Bodley Head Ltd., 6. Auflage 1970).

*Westin* kategorisiert Privacy zunächst in vier unterschiedliche Stadien: Einsamkeit, Intimität, Anonymität und Distanziertheit. Einsamkeit (solitude) ist nach seiner Kategorisierung die stärkste und umfassendste Form der Privatheit. Gefolgt wird die Einsamkeit von der Intimität (intimacy), welche den von äußerem Interesse abgeschirmten Kontakt zweier Menschen darstellt. Privatheit an öffentlichen Orten beschreibt *Westin* mit dem Begriff Anonymität (anonymity). Die lockerste Form von Privacy ist die Distanziertheit (reverse), welche die Einrichtung einer psychologischen Hemmschwelle darstellt, welche man schaffen kann, wenn man Dritten zwar Informationen anvertraut, diese jedoch zur Verschwiegenheit aufruft.<sup>835</sup>

Aufbauend auf diesem Verständnis von Privacy schildert *Westin* die Ende der sechziger Jahre aufkommenden Gefahren für die Privatsphäre ausgehend von neuen Technologien. Er beleuchtet Besonderheiten in der amerikanischen Gesellschaft, welche bereits in den sechziger Jahren ein erhebliches Konfliktpotenzial gegenüber dem Recht auf den Schutz der Privatsphäre entwickelt hatte. Anschließend geht er auf die Rechtslage in Amerika hinsichtlich des Schutzes der Privatsphäre ein:

*„[...] the current legal framework is now inadequate to defend the American equilibrium on privacy from new surveillance techniques. However there has been a strong ferment in American law in the past decade, a beginning of the process necessary to develop in law and social norms [...] two deep concerns remain: first, that new legal doctrines should reflect sensitively the needs for both privacy and disclosure; and, second, that major attention should be paid to the role of voluntary, privacy-supporting actions by private authorities and organisations, especially in areas where legal intervention is unlikely or would probably be ineffective.“<sup>836</sup>*

Die von *Westin* erhoffte maßgebliche Weiterentwicklung des amerikanischen Rechtssystems im Bereich des Rechts auf den Schutz der Privatsphäre hat zwar auf einfachgesetzlicher, jedoch nur vereinzelt auf verfassungsrechtlicher Ebene stattgefunden. Bemerkenswert bleiben die differenzierten Ausführungen *Westins* zum Wesen der Privatsphäre, der Freiheit und deren Verhältnis zueinander. Diese Analyse liest sich wie eine fundierte philosophisch geprägte Ausarbeitung der Thesen *Warrens* und *Brandeis*.<sup>837</sup>

---

<sup>835</sup> *Westin*, Alan F. S. 31, 32.

<sup>836</sup> *Westin*, Alan F. S. 369.

<sup>837</sup> Vgl. oben unter VI.C.3.a)(2).

(ii) *Tribe*

*Tribe* widmet sich in seinem bekannten Lehrbuch zum amerikanischen Verfassungsrecht umfangreich dem verfassungsrechtlich verbrieften Recht auf den Schutz der Privatsphäre.<sup>838</sup> Er fasst diese Grundrechtsgruppe unter die Begrifflichkeit „Rights of Privacy and Personhood“. Schon aus dieser Bezeichnung geht hervor, dass auch nach Auffassung *Tribes* der Schutz der Privatsphäre eine ganzheitliche Betrachtung der amerikanischen Grundrechtsentwicklung erfordert. Er beschreibt damit nicht nur den vom Supreme Court etablierten Bereich des Right to Privacy hinsichtlich einer freien Lebensgestaltung (Decisional Privacy). Vielmehr leitet *Tribe* von dem Begriff der Privatsphäre auf verfassungsrechtlicher Ebene eine ganze Reihe von Gewährleistungen ab, welche nach seiner Auffassung vom dem verfassungsrechtlichen Schutz erfasst sind (bzw. sein sollten).

Zu dieser ganzheitlichen Betrachtung gehört nach Auffassung *Tribes* auch das Grundrecht des Einzelnen, Herr über die ihn betreffenden Informationen zu sein. Er überschreibt das Unterkapitel mit den Worten „Controlling a Life’s Informational Traces: Reputation and Records“.<sup>839</sup> Im Rahmen dieses Unterkapitels setzt sich *Tribe* mit der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Informations- und Datenschutzes auseinander. Er erkennt dabei die wegweisenden Entscheide *Whalen* und *Katz* an, misst ihnen jedoch nicht die erforderliche Schlagkraft für einen adäquaten Schutz der auf dem Spiel stehenden Interessen bei. Als zentrale Gefahr sieht *Tribe* dabei den Umstand, dass eine unkontrollierte Informationssammlung durch die öffentliche Hand es dem Betroffenen unmöglich macht zu wissen, welche Informationen seine Umwelt über ihn hat.<sup>840</sup> In Bezug auf diesen Missstand legt er die Grundlage des Rechts auf den Schutz vor der Offenbarung persönlicher Informationen sehr breit an. Es gehe nicht etwa nur darum, Missbräuchen durch die Exekutive vorzubeugen, um so ein einzig repressiv orientiertes Schutzrecht zu formulieren. Vielmehr sei die Kontrolle über persönliche Informationen integraler Bestandteil einer freien Persönlichkeit an und für sich.<sup>841</sup> Er zitiert insoweit eine prägnante Passage aus *Berlins Four Essays on Liberty*:

---

<sup>838</sup> *Tribe*, Laurence H., American constitutional law (Foundation Press, Mineola/New York, 1978) Kap. 15 S. 886-991.

<sup>839</sup> *Tribe*, Laurence H., constitutional law S. 966.

<sup>840</sup> Ebenda.

<sup>841</sup> Ebenda.

*„Am I not what I am, to some degree in virtue of what others think and feel me to be?“<sup>842</sup>*

Was den Verfassungsrang dieses Rechts auf Informationsschutz anbelangt, rückt *Tribe* vor allem *Katz* und den Vierten Zusatzartikel in den Mittelpunkt. Er stellt fest, dass der deutlichste wörtliche Anknüpfungspunkt für das Grundrecht auf den Schutz der Privatsphäre im Vierten Zusatzartikel zu finden sei. Trotz der Erweiterung dessen Schutzbereichs in *Katz* von Räumlichkeiten auf „Situationen“<sup>843</sup> hält *Tribe* allerdings den verfassungsrechtlichen Schutz der hier in Rede stehenden Rechtsgüter unter dem Vierten Zusatzartikel für unzureichend. Die Rechtsprechung des Supreme Court gehe nicht weit genug.

Auf der anderen Seite stellt *Tribe* fest, dass die bisher bemerkenswerteste und am weitesten gehende Annäherung an ein Grundrecht auf Informationsschutz durch den Supreme Court in *Whalen* zu finden sei.<sup>844</sup> Die Folgerungen, die daraus sowohl auf einfachgesetzlicher, wie auch auf verfassungsrechtlicher Ebene gezogen wurden, erscheinen *Tribe* indes insgesamt als noch nicht der Gefahr angemessen, welche durch umfassende staatliche Informationssammlung ausgehe. *Tribe* formuliert daher seine eigene Vorstellung von einem verfassungsrechtlich geschützten Recht auf Schutz der informationellen Privatsphäre:

*„Government should be recognized to have a duty to provide reasonable assurance (1) that it is not needlessly, or in breach of the terms on which information was gathered, (a) maintaining or (b) releasing (or encouraging maintenance or release of) information about people, however accurate; and (2) that such information as government either maintains or releases (or encourages others to maintain or release) is indeed as accurate as it can reasonably be made.“<sup>845</sup>*

Ziel einer so klaren verfassungsrechtlichen Bindung der Exekutive müsse sein, die Beeinträchtigung informationeller Selbstbestimmung durch die Exekutive klaren verfassungsrechtlichen Vorgaben zu unterwerfen.<sup>846</sup> Dies sei weder durch *Whalen* noch durch *Katz* hinreichend gelungen.

---

<sup>842</sup> *Berlin*, Isaiah, *Four Essays on Liberty* (Oxford, Univ. Press, London u.a. 1969) S. 155 zitiert nach *Tribe*, Laurence H., *constitutional law* S. 966.

<sup>843</sup> *Tribe*, Laurence H., *constitutional law* S. 967.

<sup>844</sup> *Tribe*, Laurence H., *constitutional law* S. 886.

<sup>845</sup> *Ebenda*.

<sup>846</sup> *Ebenda*.

(iii) *Eberle - The Right to Information Self-Determination*

Eine besondere Position in der akademischen Auseinandersetzung mit dem Recht auf Schutz der informationellen Privatsphäre in den USA nimmt *Eberle* ein. Nicht nur in seiner Abhandlung zum Würde- und Freiheitsbegriff in der deutschen und amerikanischen Verfassung zieht er klare Parallelen zwischen dem deutschen und amerikanischen Grundrechtssystem.<sup>847</sup> Auch in seinem Aufsatz mit dem Titel „The Right to Information Self-Determination“<sup>848</sup> nimmt *Eberle* direkten Bezug auf das vom BVerfG im Volkszählungsurteil<sup>849</sup> entwickelte Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung.

Auch *Eberle* stellt zunächst die sich stetig verschärfende Gefahrenlage hinsichtlich der Datensammlung durch die öffentliche Hand fest. Er führt eine Passage *Orwells* Roman 1984 an und weist auf die akute Bedrohungslage hin, die immer weiter in die Richtung eines gläsernen Bürgers deutet.<sup>850</sup> Beachtlich sind hierbei die historischen Grundlagen des gezeichneten Bedrohungsszenarios:

*„The F.B.I., especially under its former director, J. Edgar Hoover, maintained extensive files on Americans, including prominent citizens like government officials, Edward R. Murrow, Rev. Dr. Martin Luther King Jr., Dr. Benjamin Spock, and civil rights leader Roy Wilkins, detailing their activities and using the files to coerce and blackmail them. American Presidents routinely enlisted federal agencies to dredge up personal information for partisan purposes.“*<sup>851</sup>

Hier zeigen sich bereits deutliche Verweise auf die Problematik, mit der sich auch die Kritiker des P.Act auseinandersetzen.<sup>852</sup>

Ausgehend hiervon schildert *Eberle* in konzentrierter Form den aktuellen verfassungsrechtlichen Stand hinsichtlich des Schutzes persönlicher Informationen. Obwohl der Aufsatz *Eberles* dreiundzwanzig Jahre nach *Tribes* Kapitel zu „Rights of Privacy and Personhood“ verfasst wurde, kann *Eberle* auf keine maßgebliche weitergehende verfassungsrechtliche Entwicklung verweisen.

---

<sup>847</sup> *Eberle*, Edward J., Dignity and liberty.

<sup>848</sup> *Eberle*, Edward J., INFORMATION SELF-DETERMINATION.

<sup>849</sup> BVerfGE 65, 1, 41ff.

<sup>850</sup> *Eberle*, Edward J., INFORMATION SELF-DETERMINATION S. 965.

<sup>851</sup> *Eberle*, Edward J., INFORMATION SELF-DETERMINATION S. 976.

<sup>852</sup> Vgl. oben unter II.A.3.

Er sieht Grundlagen für ein Grundrecht auf Schutz der informationellen Privatsphäre zum einen im Ersten Zusatzartikel unter dem Aspekt der Assoziationsfreiheit. Hier sei wiederum auf *NAACP* verwiesen.<sup>853</sup> Darüber hinaus sieht er Anlagen für einen Schutz privater Informationen im „Right to Vote“ aus dem Ersten, Vierzehnten und Fünfzehnten Zusatzartikel. Maßgeblich stützt sich *Eberle* hier auf das verfassungsrechtlich verbriefte Recht des Wahlheimnisses.<sup>854</sup>

Zentral sei das Grundrecht auf Schutz der informationellen Privatsphäre nach der bisherigen verfassungsrechtlichen Entwicklung jedoch auf den Vierten Zusatzartikel - *Katz* - sowie auf die substantielle Deutung der Due Process Clause - *Whalen* - gestützt.<sup>855</sup> In Bezug auf den Schutz unter dem Vierten Zusatzartikel stellt *Eberle* eine sehr zurückhaltende Rechtsprechung des Supreme Court fest. Er bemängelt, dass nach *Smith Pen Registers* nicht dessen Schutzbereich tangieren. *Eberle* resümiert hinsichtlich des Schutzes der informationellen Privatsphäre unter dem Vierten Zusatzartikel:

*„Thus, as presently conceptualized, the Fourth Amendment is not a significant source of privacy protection, including protection for personal information.“*<sup>856</sup>

Im Rahmen der Diskussion des Schutzes unter der substantiellen Deutung der Due Process Clause stellt *Eberle Whalen* in den Mittelpunkt seiner Betrachtung. Er weist drauf hin, dass *Whalen* zwar einen verfassungsrechtlichen Schutz privater Informationen andeutet. Dies sei jedoch zurückhaltend zu betrachten. Der Supreme Court sei betont restriktiv vorgegangen und habe davon abgesehen, ein Grundrecht zum Informationsschutz zu formulieren.

*„Thus, Whalen, ultimately, is a cautious decision. Not finding express textual support for a constitutional right, and reluctant to excavate a deeper meaning in the Constitution, the Court hesitated to extend its privacy jurisprudence. Instead, the Court preferred to defer to the statutory handiwork.“*<sup>857</sup>

Mithin stellt *Eberle* fest, dass der Supreme Court bisher Vorgaben zum Schutz der informationellen Privatsphäre dem Gesetzgeber überlassen hat. Er fasst in Sachen *Whalen* zusammen:

---

<sup>853</sup> Vgl. oben unter VI.C.3.a)(4)(a).

<sup>854</sup> *Eberle*, Edward J., INFORMATION SELF-DETERMINATION S. 981.

<sup>855</sup> *Eberle*, Edward J., INFORMATION SELF-DETERMINATION S. 982ff.

<sup>856</sup> *Eberle*, Edward J., INFORMATION SELF-DETERMINATION S. 983.

<sup>857</sup> *Eberle*, Edward J., INFORMATION SELF-DETERMINATION S. 985.

*„For better or worse, Whalen is the Court's last word on the idea of information privacy, because the Court has offered no pronouncements on the issue since Whalen.“*<sup>858</sup>

Das Besondere an den Ausführungen *Eberles* ist, dass er es mit dieser eher ernüchternden Feststellung zum grundrechtlichen Schutz der informationellen Privatsphäre in den USA nicht bewenden lässt. Vielmehr schließt sich dieser Einleitung der Hauptteil seiner Überlegungen an. Er entwickelt ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung - „Right to Information Self-Determination“ - für die amerikanische Verfassungsordnung. Dieses am deutschen Recht auf informationelle Selbstbestimmung orientierte neue Grundrecht soll - wie andere ungeschriebene Grundrechte (z.B. das Right to Decisional Privacy) auch<sup>859</sup> - auf einer substantiellen Deutung der Due Process Clause fußen.<sup>860</sup> Hierzu bietet *Eberle* einen systematisch, grammatikalisch und historisch ausgerichteten Argumentationsstrang an.<sup>861</sup>

Neben dieser dogmatischen Begründung des verfassungsrechtlich verankerten Right to Information Self-Determination hat er schon die verschiedenen scrutiny-Ebenen bei einer gerichtlichen Anwendung vor Augen. Diese sollen sich an dem Grad der Vertraulichkeit orientieren, den der Betroffene der konkreten Information beimisst. Es sei insoweit zwischen intimen und persönlichen Informationen zu unterscheiden.<sup>862</sup> Dies orientiert sich augenscheinlich wiederum nah an der Rechtsprechung des BVerfG zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Unabhängig von der Frage, inwieweit *Eberle* mit der Entwicklung eines neuen Grundrechts am Vorbild des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung einen Fremdkörper in das Grundrechtssystem der Vereinigten Staaten implementieren will, lassen seine Ausführungen darauf schließen, dass im grundrechtlichen System der USA eine Lücke klafft.

#### (5) Zusammenfassung: Das Grundrecht auf den Schutz der informationellen Privatsphäre in den USA

---

<sup>858</sup> *Eberle*, Edward J., INFORMATION SELF-DETERMINATION S. 986.

<sup>859</sup> Vgl. oben unter VI.C.2.a).

<sup>860</sup> *Eberle*, Edward J., INFORMATION SELF-DETERMINATION S. 1005.

<sup>861</sup> Ebenda.

<sup>862</sup> *Eberle*, Edward J., INFORMATION SELF-DETERMINATION S. 988ff.

Der Supreme Court hat in seiner Rechtsprechung zum Right to Privacy sowie zum Vierten Zusatzartikel nie wörtlich ein Right to Information Privacy als Grundrecht in Ergänzung zu den Übrigen geschriebenen und ungeschriebenen Grundrechten anerkannt. Den deutlichsten Anhaltspunkt dafür, dass der Supreme Court in seiner Rechtsprechung davon ausgeht, dass bestimmte persönliche Informationen verfassungsrechtlichen Schutz genießen, findet sich in *Whalen v. Roe*. Der Supreme Court lässt hier die Möglichkeit eines verfassungsrechtlichen Schutzes informationeller Privatsphäre auf Basis der Due Process Clause im Vierzehnten Zusatzartikel anklingen. Nach *Whalen* wurde dieser Ansatz jedoch nicht weiter verfolgt. Die Frage, auf welcher Grundlage ein solches Recht besteht, ist damit nicht entschieden.

Einen speziellen - für die Anti-Terrorismusgesetzgebung besonders relevanten - Aspekt eines Grundrechts auf Schutz der Privatsphäre lässt der Supreme Court in seiner Rechtsprechung zum Vierten Zusatzartikel anklingen, ohne jedoch explizit ein Grundrecht auf Schutz persönlicher Informationen zu entwickeln. Die Rechtsprechung zum Vierten Zusatzartikel entstand im Spannungsfeld zwischen dem Strafverfolgungsinteresse der Polizei und dem Interesse des Einzelnen von Ermittlungsmaßnahmen verschont zu bleiben. In diesem Bereich ist der effektive Schutz der Privatsphäre von größter Bedeutung. Dies zeigen gerade die Entwicklungen der Anti-Terrorismusgesetzgebung. Nach der Rechtsprechung des Gerichts werden nämlich von dem Schutz des Vierten Zusatzartikels vor willkürlichen Durchsuchungen nicht nur Orte, sondern auch Personen und Situationen erfasst. Es besteht damit nach der Rechtsprechung des Supreme Court ausgehend von *Katz* grundsätzlich ein verfassungsrechtlicher Schutz der Privatsphäre vor staatlichem Eindringen. Klare Konturen wurden diesem Grundrecht jedoch nie verliehen. Ein verlässlicher Schutz, der die (informationelle) Privatsphäre als grundrechtliche Position anerkennt, existiert nicht

Der Supreme Court hat bisher kein Grundrecht explizit zum Schutz der informationellen Privatsphäre entwickelt. Bestimmend sind für den Schutz der Privatsphäre vor Abhörmaßnahmen von Polizei und Geheimdiensten vielmehr verschiedenste, kaum zu überblickende einfachgesetzliche Einzelregelungen. Diese Regelungen wurden zwar vereinzelt einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung zugeführt. Dies hat jedoch nicht zu der Herausbildung eines Grundrechts in der Prägung eines Right to Information Privacy geführt. Der Rechtsprechung zum Vierten Zusatzartikel ist damit ein zahnloser Tiger gegenüber

Einschnitten durch die Exekutive oder die Legislative.<sup>863</sup> Der Supreme Court hat es dem Gesetzgeber überlassen die Möglichkeiten des Eingriffs in das Recht auf den Schutz der Privatsphäre zu regeln. Die Gefahren einer solchen Handhabe werden bei der amerikanischen Anti-Terrorismusgesetzgebung im P.Act offenbar.

Es lässt sich damit feststellen, dass sowohl auf Grundlage des geschriebenen Verfassungsrechts (Auslegung des Vierten Zusatzartikels), als auch auf Grundlage der substantiellen Deutung der Due Process Clause im Vierzehnten Zusatzartikel in der Rechtsprechung des Supreme Court das rudimentäre Fundament für die Herausbildung eines Right to Information Privacy bzw. eines Right to Information Self-Determination gelegt wurde. Zu einer tatsächlichen Ausformung eines solchen Grundrechts ist es bisher jedoch noch nicht gekommen.

Die durch den Supreme Court nicht weiter vorangetriebene Entwicklung zum grundrechtlichen Schutz der informationellen Privatsphäre wird von manchen Autoren als auf Dauer nicht hinnehmbar erachtet.<sup>864</sup> Der einfachgesetzliche Schutz der Privatsphäre erweist sich nämlich als wenig hilfreich, da dieser wiederum zur Disposition des einfachen Gesetzgebers steht. In Zeiten terroristischer Bedrohung kann er wieder abgeschafft werden und ist damit ein stumpfes Schwert im Rahmen der Verteidigung der informationellen Privatsphäre. *Eberle* ist in diesem Zusammenhang einer der wenigen Autoren, die eine konkrete Lösung auf grundrechtlicher Ebene anbietet.

## ***b) Vergleich mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung***

### **(1) Einleitende Bemerkungen**

Eine erschöpfende Behandlung des grundrechtlichen Privatsphärenschutzes in Deutschland ist nicht Anspruch der vorliegenden Arbeit. Dies bleibt der dazu bereits hinreichend vorhandenen Spezialliteratur vorbehalten.<sup>865</sup> Auch hinsichtlich der Rechtsentwicklung in den USA konnten nur die wesentlichen Meilensteine der Entwicklung nachvollzogen werden.<sup>866</sup>

---

<sup>863</sup> *Herman*, Susan N. S. 71f.

<sup>864</sup> Vgl. oben unter VI.C.3.a)(4)(d)(ii); VI.C.3.a)(4)(d)(iii) die Ausführungen *Tribes* und *Eberle*.

<sup>865</sup> *Rohlf*, Dietwalt, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre -

zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 2 Abs. 1 GG (Duncker & Humblot, Berlin, 1980); *Stern*, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 4/1, Klaus Stern; Michael Sachs; Johannes Diclein (Hrsg.)

Weiterhin würde eine umfassende Betrachtung des allgemeinen Privatsphärenschutzes in Deutschland und den USA ausufern. Dies zeigt beispielhaft die Ausprägung des Privatsphärenschutzes im Rahmen der sexuellen Selbstverwirklichung, der ehelichen und familiären Sphäre, des Rechts auf Abtreibung, des „right to die“ im amerikanischen Verfassungsrecht sowie in vielen anderen Bereichen. Alle diese Bereiche mussten auf höchster richterlicher Ebene in Deutschland und den USA unter dem Aspekt der Privatsphäre mit den Verfassungstexten in Einklang gebracht werden. Vieles befindet sich noch im Fluss.

Im Folgenden soll jedoch, orientiert an der Entwicklung des Schutzes der informationellen Privatsphäre, eine kurze Darstellung der wesentlichen Gemeinsamkeiten und Unterschiede der verfassungsrechtlichen Ausprägung stattfinden. Dabei spielen zum einen die Grundlagen des Rechts auf informationelle Privatsphäre und dessen Entwicklung im Verfassungsrecht Deutschlands und der USA eine Rolle. Der Schutz der informationellen Privatsphäre wird weiterhin vergleichend in beiden Grundrechtssystemen in den Kontext des allgemeinen Privatsphärenschutzes einzuordnen sein. Es sollen hierbei vor allem die Tendenzen knapp und pointiert zur Geltung kommen, welche für das grundsätzliche Verständnis des Rechts auf informationelle Privatsphäre in Deutschland und den USA sowie darüber hinaus für die vergleichende Betrachtung der Anti-Terrorismusgesetzgebung von Interesse sind. Im Mittelpunkt der vergleichenden Betrachtung steht dieser Teilbereich des Privatsphärenschutzes. Wie bereits in der Darstellung des amerikanischen Right to Privacy, soll auch in Deutschland vor allem das Recht auf informationelle Privatsphäre betrachtet werden. Letztlich wird daher das Schutzniveau der informationellen Privatsphäre in Deutschland mit dem Schutzniveau des informationellen Privatsphärenschutzes in den USA verglichen.

## (2) Vergleich der Grundlagen des Rechts auf den Schutz der Privatsphäre in Deutschland und den USA

### (a) Grundlagen im Verfassungstext

---

(C.H. Beck, München, 2006) S. 177 ff. mit weiteren Literaturangaben (2006); *Jinders*, Christoph Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Band 4, §89, Detlef Merten, Hans-Jürgen Papier (Hrsg.) (C.F. Müller, Heidelberg, 2011) S. 159 ff. mit weiteren Literaturangaben.

<sup>866</sup> Vertiefend hierzu: *Trobe*, Laurence H., Constitutional law S. 886 ff.; *Clancy*, Thomas K. S. 309 ff.; *Solove*, Daniel J., Privacy, Information and Technology S. 83 ff. mit weiteren Literaturangaben.

Das Recht auf den Schutz der Privatsphäre wird auch in der Bundesrepublik an verschiedenen grundrechtlichen Gewährleistungen festgemacht. Für den Vergleich mit dem grundrechtlichen Schutz der Privatsphäre in den USA ist insbesondere hervorzuheben, dass dessen Ausprägung in Deutschland ebenfalls sowohl am geschriebenen, wie auch am ungeschriebenen Verfassungsrecht entwickelt wurde.

Zum einen orientiert sich - ebenso wie in den USA - ein spezieller Teil des Privatsphärenschutzes in Deutschland an dem Schutz gegen willkürliche Durchsuchungen der Wohnung (Art. 13 GG). Ein weiterer Teil des speziellen Privatsphärenschutzes geht auf Art. 10 GG zurück, der das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis im Blick hat. In speziellen Bereichen wirken auch die Religionsfreiheit in Art. 4 GG, sowie Teilbereiche des Schutzes der Art. 4, 6, 8 und 9 GG als die Privatsphäre schützend.<sup>867</sup>

*(b) Entwicklungen in Fortbildung des  
Verfassungstextes - der Persönlichkeitsschutz*

Zentral für den Privatsphärenschutz in Deutschland bleibt jedoch neben den speziellen Gewährleistungen der Privatsphäre in Teilbereichen der Schutz der Privatsphäre unter Art. 2 Abs. 1 GG (teilweise i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). In Art. 2 Abs. 1 GG ist ausdrücklich formuliert, dass jeder das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit hat. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit des Einzelnen umfasst nach deutschem Grundrechtsverständnis gerade den Schutz der Privatsphäre. Beide Bereiche stehen eng miteinander in Verbindung sowie jeweils in direktem Zusammenhang mit der Würde des Menschen in Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>868</sup> Das Verständnis der Privatsphäre in Deutschland ist damit wie das in den USA geprägt von dem Gedanken des Persönlichkeitsschutzes. Der Gedanke *Warrens* und *Brandeis'* schlägt insoweit auf die deutsche Auffassung vom Privatsphärenschutz auf grundrechtlicher Ebene durch.<sup>869</sup>

*„Am besten hilft für eine juristische Inhaltsbestimmung [der Privatsphäre] der im amerikanischen Recht entwickelte Begriff der „Privacy“ weiter. Andere Vorbilder sind eher spärlich.“<sup>870</sup>*

Mithin ist festzustellen, dass sowohl in Deutschland, als auch in den USA der Persönlichkeitsschutz und der Privatsphäreschutz zwei Seiten derselben Medaille sind,<sup>871</sup>

---

<sup>867</sup> *Stern*, Klaus S. 188.

<sup>868</sup> *Ebenda*.

<sup>869</sup> *Stern*, Klaus S. 185; *Finders*, Christoph S. 163 Fn. 19.

<sup>870</sup> *Stern*, Klaus S. 185.

unabhängig davon, dass der Begriff der Privatsphäre in keiner der beiden Verfassungstexte Erwähnung findet. Weitergehend ist in beiden Rechtsordnungen der Persönlichkeitsschutz und damit auch Privatsphäreschutz direkt verbunden mit den zentralen grundrechtlichen Verbürgungen der jeweiligen Verfassungen.<sup>872</sup> In Deutschland ist dies die Würde des Menschen, welche als essentieller Bestandteil in allen Grundrechten enthalten ist.<sup>873</sup> In Amerika wird man dies am ehesten mit dem konstitutionell im Mittelpunkt stehenden Freiheitsgedanken vergleichen können.<sup>874</sup> So macht der Supreme Court das Right to Privacy an einer substantiellen Deutung der Due Process Clause im Vierzehnten Zusatzartikel fest<sup>875</sup>, welche lautet:

„[...] nor shall any State deprive any person of life, **liberty**, or property, without due process of law [...];“ (Hervorhebung durch den Verfasser.)

Die Gewährleistung der Freiheit wird demnach als Grundlage des Right to Privacy betrachtet.

### (c) *Das Deliktsrecht als Ausgangspunkt*

Das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit, welches notwendig den Schutz der individuellen Privatsphäre verlangt, war in der Rechtsentwicklung beider Staaten zunächst deliktsrechtlich geprägt. Bei dem Eindringen Dritter - nicht unbedingt der öffentlichen Hand - in die Privatsphäre des Einzelnen, wurden zunächst Abwehrrechte auf deliktsrechtlicher Ebene in den Blick genommen. Bereits *Warren* und *Brandeis* gingen - wie bereits ausgeführt - von einer deliktsrechtlichen Grundlage für das Right to Privacy aus.<sup>876</sup> Dies fand sich später in der Rechtsprechung wieder.<sup>877</sup> Verfassungsrank beanspruchte es erst ab *Griswold v. Connecticut*.<sup>878</sup> Denselben Ursprung nimmt das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Deutschland, dessen Ausgangspunkt schließlich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist.<sup>879</sup> Der BGH entwickelte das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Abweichung zum Reichsgericht im Jahre 1954 auf der Grundlage der Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und damit schließlich auch das Recht auf

---

<sup>871</sup> Siehe bereits bei *Warren*, Samuel D.; *Brandeis*, Louis D. S. 207.

<sup>872</sup> *Stern*, Klaus S. 185.

<sup>873</sup> BVerfGE 93, 266 (273); *Herdegen*, Matthias, in Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Roman Herzog u.a. (Hrsg.) (München, C.H. Beck, 53. Auflage 2009) Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 4. (2012); *Isensee*, Josef, Verfassung ohne soziale Grundrechte. Ein Wesenszug des Grundgesetzes, in: *Der Staat*, Band 19 (1980) S. 367 (371).

<sup>874</sup> Vgl. *Iberle*, Edward J., Dignity and liberty S. 22.

<sup>875</sup> Vgl. oben unter VI.C.3.a)(3).

<sup>876</sup> *Warren*, Samuel D.; *Brandeis*, Louis D. S. 195.

<sup>877</sup> *Solove*, Daniel J., Privacy, Information and Technology S. 29; *Solove*, Daniel J., Information Privacy Law S. 233-385.

<sup>878</sup> *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479.

<sup>879</sup> *Rudolf*, Walter, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Band 4, § 90, Detlef Merten, Hans-Jürgen Papier (Hrsg.) (C.F. Müller, Heidelberg, 2011) S. 233.

Privatsphäre gilt seither als „sonstiges Recht“ und damit als geschütztes Rechtsgut unter dem deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruch in § 823 Abs. 1 BGB.<sup>880</sup> Vom Bundesverfassungsgericht wurde das allgemeine Persönlichkeitsrecht schließlich im Jahre 1973 als Schutzrecht gebilligt.<sup>881</sup>

#### (d) Zwischenergebnis

Damit bleibt festzustellen, dass das Recht auf Schutz der Privatsphäre sowohl in Deutschland, als auch in den USA vornehmlich richterrechtlich geprägt ist. In den USA fand eine zweigleisige Entwicklung statt. Zum einen aufbauend auf dem Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung in Fortbildung des Begriffs der Durchsuchung.<sup>882</sup> Unabhängig davon bildete die Rechtsprechung das ausdrücklich benannte Right to Privacy mit seiner dogmatischen Grundlage in der substantiellen Deutung der Due Process Clause aus. Hier hat letztlich auch der verfassungsrechtliche Schutz der informationellen Privatsphäre in *Whalen v. Roe* seinen Ursprung.<sup>883</sup> Eine Ähnliche Entwicklung ist in der Bundesrepublik zu beobachten. Neben den ausdrücklich genannten grundrechtlichen Gewährleistungen betreffend der Privatsphäre - z.B. im Rahmen der Unverletzlichkeit der Wohnung - bildete das BVerfG richterrechtlich ein facettenreiches allgemeines Persönlichkeitsrecht hervor, in dem sowohl der verfassungsrechtliche Schutz der Decisional Privacy, wie auch der Information Privacy wurzelt.<sup>884</sup>

### (3) Vergleich des informationellen Privatsphäreschutzes

Anhand der dargestellten Determinanten für das allgemeine Recht auf Privatsphäre in Deutschland und den USA wird klar, an welchen grundsätzlichen Prinzipien der spezielle Schutz informationeller Privatsphäre festgemacht werden kann. Die Ausprägung dieses speziellen Aspektes der Privatsphäre nahm seine Entwicklung von dem allgemeinen Schutz informationeller Privatsphäre als deliktsrechtlich geschützte Position hin zu einer höchstrichterlichen Anerkennung der informationellen Privatsphäre als grundrechtliches Schutzgut. Festzustellen bleibt, dass der Schutz der informationellen Privatsphäre in beiden Verfassungstexten keine Erwähnung findet.

---

<sup>880</sup> BGHZ 13, 334 (337 f.).

<sup>881</sup> BVerfGE 34, 269 (281).

<sup>882</sup> Vgl. oben unter VI.C.3.a)(4)(c).

<sup>883</sup> Vgl. oben unter VI.C.3.a)(4)(b).

<sup>884</sup> *Stern*, Klaus S. 191.

Im Rahmen der Entwicklung des Right to Privacy in seiner fundamentalen Ausbildung bestehen in der deutschen und amerikanischen Verfassungsordnung, wie soeben dargestellt, erhebliche Parallelen. Bei der Entwicklung eines darauf aufbauenden verfassungsrechtlichen Schutzes der informationellen Privatsphäre gehen die Entwicklungen jedoch auseinander.

(a) *Entwicklung und Schutzniveau*

Das Bundesverfassungsgericht entwickelte das Grundrecht auf den Schutz persönlicher Informationen, welches seit dem Volkszählungsurteil im Jahre 1983<sup>885</sup> als „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ bezeichnet wird, auf der Grundlage des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.<sup>886</sup> Es stellt sich damit als spezielles Element des allgemeinen Schutzes der Privatsphäre dar. Das Bundesverfassungsgericht übernahm damit den Ductus *Steinmüllers*, der das „Selbstbestimmungsrecht über Lebensdaten“ als „Recht des Einzelnen, darüber zu bestimmen, wer welche Informationen unter welchen Umständen erhält“ charakterisierte.<sup>887</sup> Dem Volkszählungsurteil gingen bereits richtungsweisende Entscheidungen voraus, die den grundrechtlichen Schutz der informationellen Privatsphäre in Aussicht stellten, auch wenn sie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung noch nicht als solches benannten. Hier ist beispielhaft eine Entscheidung aus dem Jahre 1977 zu nennen, in der die Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme von Unterlagen über Klienten einer Drogenberatungsstelle zur Überprüfung anstanden.<sup>888</sup> Hier stellt das Bundesverfassungsgericht klar, dass die in den Unterlagen enthaltenen Informationen dem „privaten Bereich des Klienten“ zuzurechnen seien und eine Beschlagnahme derselben in das „Grundrecht auf Achtung der Intim- und Privatsphäre“ eingreife.<sup>889</sup> Das Bundesverfassungsgericht stützt dieses Grundrecht ausdrücklich auf „Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG“.<sup>890</sup>

Anschließend an diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts schuf es im Jahre 1983 das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Eine zentrale Passage aus dem Urteil lautet:

---

<sup>885</sup> BVerfGE 65, 1, 41ff.

<sup>886</sup> *Enders*, Christoph S. 166.

<sup>887</sup> *Steinmüller*, Wilhelm, Gutachten im Auftrag des BMI, BT-Drucks. 6/3826 S. 87 f., 94, 116.

<sup>888</sup> BVerfGE 44, 353.

<sup>889</sup> BVerfGE 44, (353) 372.

<sup>890</sup> *Ebenda*.

*„Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß.“<sup>891</sup>*

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung stellt sich damit als Bestandteil des Persönlichkeitschutzes dar. Ohne die Gewährleistung eines verfassungsrechtlichen Schutzes privater Informationen ist nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts eine freie, ungehinderte Entfaltung der Persönlichkeit nicht möglich. Hier klingen die Worte *Warrens* und *Brandeis*’ an.<sup>892</sup> Der Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist als Recht des Einzelnen zu umschreiben, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wenn und innerhalb welcher Grenzen Umstände des privaten Lebens für Dritte zugänglich gemacht werden.<sup>893</sup>

Im Jahre 1983 fand damit der Schutz persönlicher Informationen Eingang in die Grundrechtsordnung der Bundesrepublik. Seither stellt es ein „datensicherndes Auffanggrundrecht“<sup>894</sup> dar, welches in den besonderen Bereichen des Schutzes der Telekommunikation oder des Schutzes des Wohnraums von Art. 10 GG bzw. Art 13 GG als *lex generalis* durch die *leges speciales* verdrängt wird.

*„Die ausdrücklich normierten Grundrechte sind insoweit spezielle Ausprägungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, die vom Recht auf Informationelle Selbstbestimmung nicht verdrängt werden.“<sup>895</sup>*

Als Ergänzung zu dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung entwickelte das Bundesverfassungsgericht wiederum auf der Grundlage des allgemeinen Persönlichkeitsrechts das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer

---

<sup>891</sup> BVerfGE 65, 1 (43).

<sup>892</sup> Vgl. oben unter VI.C.3.a)(2).

<sup>893</sup> BVerfGE 65, 1, 42.

<sup>894</sup> *Rudolf*, Walter S. 254.

<sup>895</sup> Ebenda.

Systeme.<sup>896</sup> Hiermit sollten Lücken geschlossen werden, die im Bereich der Online-Durchsuchung noch nicht von dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. den Art. 10 GG sowie Art 13 GG verfassungsrechtlichen Schutz beanspruchen.<sup>897</sup>

Die Frage, wie die genannten Grundrechte zueinander stehen, inwieweit z.B. neben Art. 10 GG auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung noch eingreifen kann oder nicht, kann vorliegend dahingestellt bleiben.<sup>898</sup> Die ausführliche Beschreibung und Umgrenzung des Grundrechtsschutzes im Bereich der informationellen Privatsphäre soll der zahlreich vorhandenen ausführlichen Spezialliteratur überlassen werden.<sup>899</sup> Festzustellen bleibt hier, dass nach dem vom Bundesverfassungsgericht gefundenen grundrechtlichen Konstrukt für den Schutz der Privatsphäre, flankiert durch die speziellen geschriebenen Gewährleistungen (insbesondere durch Art. 10 GG) ein flächendeckender Schutz informationeller Privatsphäre auf Verfassungsebene besteht. Mithin hat seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1977<sup>900</sup> eine stringente Entwicklung von einem allgemeinen Privatsphäreschutz auf Basis des allgemeinen Persönlichkeitsrecht hin zu einem speziellen flächendeckend ausgearbeiteten Schutz der informationellen Privatsphäre stattgefunden.

Eine vergleichbare Entwicklung ist in den USA nur bedingt festzustellen. Zwar hat der Supreme Court in *Whalen v. Roe* im Jahre 1977 anhand der Offenlegung von Patientendaten im Zusammenhang mit der Verschreibung spezieller Betäubungsmittel ausdrücklich ein Recht auf die Vertraulichkeit persönlicher Daten anerkannt. Er verankert dieses Recht in *Whalen* allerdings nicht ausdrücklich in der Verfassung, sondern stellt die Möglichkeit der Anerkennung als (ungeschriebenes) Grundrecht lediglich in Aussicht. Anschließend an *Whalen* hat der Supreme Court die Entwicklung eines verfassungsrechtlichen Schutzes der informationellen Privatsphäre nicht weiter vorangetrieben. Es fand seither vielmehr eine

---

<sup>896</sup> BVerfGE 120, 274.

<sup>897</sup> BVerfGE 120, 274 LS 168.

<sup>898</sup> *Stern*, Klaus S. 301, der eine kumulative Anwendung von Art. 10 und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung für denkbar hält; siehe auch BVerfGE 100, 313 (358).

<sup>899</sup> z.B. *Bull.*, Hans Peter, Informationsrecht ohne Informationskultur?, in: RDV 2008, 47; *Frenz*, Walter, Informationelle Selbstbestimmung im Spiegel des BVerfG, in: DVBl. 2009, 333; *Hoffmann Riem*, Wolfgang, Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft - Auf dem Weg zu einem neuen Konzept des Datenschutzes, in: AöR 123 (1998) S. 513; *Schlink*, Bernhard, Das Recht auf Informationelle Selbstbestimmung, in: Der Staat 25 (1986) S. 233; *Trute*, Hans Heinrich, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, in: VVDStRL 57 (1998) S. 216; *Stern*, Klaus a.a.O. § 99.

<sup>900</sup> BVerfGE 44, 353.

Stagnation statt.<sup>901</sup> Weder orientiert an der substantiellen Deutung der Due Process Clause im Vierzehnten Zusatzartikel noch an einer erweiterten Auslegung des Vierten Zusatzartikels, bemühte sich der Supreme Court anschließend an *Whalen* bzw. *Katz* einen grundrechtlichen Schutz informationeller Privatsphäre zu etablieren. Er überließ diese Entwicklungen vielmehr dem einfachen Gesetzgeber, der durch verschiedene die persönlichen Daten und Informationen schützende Einzelgesetzgebungsakte<sup>902</sup> einen weitgehend unübersichtlichen Flickenteppich von informationellem Privatsphäreschutz auf einfachgesetzlicher Ebene vermittelt. Einen grundrechtlichen Schutz der informationellen Privatsphäre gibt die Verfassung der Vereinigten Staaten nach der Rechtsprechung des Supreme Court nach *Whalen* zwar grundsätzlich her (insbesondere im Wege einer substantiellen Deutung der Due Process Clause<sup>903</sup>); dieser wurde jedoch bisher noch nicht entwickelt.

#### (b) *Zwischenergebnis*

Die Entwicklung des allgemeinen Privatsphäreschutzes weist damit sowohl in Deutschland, als auch in den USA erhebliche Parallelen auf. In beiden Rechtsordnungen fand zunächst eine deliktsrechtliche Prägung des Privatsphäreschutzes statt. Darauffolgend wurde das Element der Decisional Privacy sowohl in den USA, als auch in Deutschland als grundsätzliches Element der freien Persönlichkeitsentfaltung anerkannt und infolgedessen der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre etabliert. Auf der Grundlage des Rechts auf die freie Persönlichkeitsentfaltung und des dafür erforderlichen Schutzes der Privatsphäre entwickelten die Verfassungsgerichte sowohl in Deutschland als auch in den USA den Keim eines Grundrechts auf Schutz der informationellen Privatsphäre. Der Boden für ein solches Grundrecht war damit in beiden Rechtsordnungen damit spätestens 1977 gelegt.

Danach ging die Entwicklung jedoch in zwei völlig unterschiedliche Richtungen. In Deutschland entwickelte sich in Weiterführung der bisherigen Rechtsprechung ein flächendeckender Schutz privater Informationen, welcher der modernen Technologie trotzen sollte und die Gefahr des „gläsernen Menschen“ zu bannen beabsichtigte. In den USA fand eine solche Entwicklung nicht statt. Der einfache Gesetzgeber griff ein. Während in Deutschland das BDSG eine Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Vorgaben im

---

<sup>901</sup> Eberle, Edward J., INFORMATION SELF-DETERMINATION S. 986.

<sup>902</sup> Solove, Daniel J., Privacy, Information and Technology S. 30-33 mit einer dezidierten Aufstellung.

<sup>903</sup> Vgl. oben unter VI.C.3.a)(4)(b).

Bereich des Datenschutzes darstellt<sup>904</sup>, wurde durch die amerikanische Gesetzgebung in diesem Bereich überhaupt erstmalig Rechtsschutz vermittelt.

(c) *Versuch einer Erklärung für die Entwicklung in den USA*

Die Ermittlung des Grundes für die Zurückhaltung des Supreme Court bei der Herausbildung eines Right to Information Privacy erfolgt notwendig spekulativ. Es erscheint dennoch vor dem Hintergrund der in der Folge formulierten Kritik geboten, zunächst einen Erklärungsansatz für den vom Supreme Court verfolgten Weg zu finden.

Es gilt insoweit auf die Kontroverse der „counter-majoritarian difficulty“<sup>905</sup> hinzuweisen.<sup>906</sup> Mit dem Problem der counter-majoritarian difficulty wird das Spannungsverhältnis zwischen den Aufgaben des Supreme Court und denen des Gesetzgebers umschrieben. Es stellt sich die Frage, ob der Supreme Court einen legislativen Akt außer Kraft setzen oder selbst ein nicht kodifiziertes Recht formulieren und sich damit die Kompetenzen der Legislative anmaßen darf.

*Bickel* ist der Auffassung, damit laufe der Supreme Court Gefahr, sich über die Grenzen demokratischer Grundprinzipien hinwegzusetzen und sich gegen den Mehrheitswillen des amerikanischen Volkes zu wenden. Er prägte den Begriff der counter-majoritarian difficulty.<sup>907</sup>

Diese Skepsis stieß und stößt in der Literatur auf breite Resonanz.<sup>908</sup> Ohne das Für und Wider im Einzelnen darzustellen, lässt sich sagen, dass das Verständnis der Aufgabe des Supreme

---

<sup>904</sup> *Rudolf*, Walter S. 240 f.

<sup>905</sup> *Bickel*, Alexander. *The Least Dangerous Branch* (Yale Univ. Press, New Haven, 2. Auflage 1986) S. 16.

<sup>906</sup> Ein aktueller Überblick über den Stand der Diskussion findet sich bei *Sultany*, Nimer. THE STATE OF PROGRESSIVE CONSTITUTIONAL THEORY: THE PARADOX OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AND THE PROJECT OF POLITICAL JUSTIFICATION, in: *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* (2012) 47 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 371 sowie bei *Friedman*, Barry. The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five, in: *Yale Law Journal* (2002) 112 *YALE L.J.* 153.

<sup>907</sup> *Bickel*, Alexander S. 16 ff.

<sup>908</sup> z.B. *Tushnet*, Mark. *Taking the Constitution away from the Court* (Princeton University Press, 2000); *Bork*, Robert H., *Slouching toward Gomorrah* (Harper Perennial, 2003); *Sunstein*, Cass R., *One Case at a Time: Judicial Minimalism at the Supreme Court* (Harvard University Press, 2001); *Berger*, Raoul, *Government by Judiciary* (Liberty Fund, 1977) *Katyal*, Neal Kumar, Legislative Constitutional Interpretation, in: *Duke Law Journal* (2001) 50 *DUKE L.J.* 1335, 1358 ff.

Court, Entscheidungen des Gesetzgebers außer Kraft zu setzen oder sich direkt an dessen Stelle zu setzen, in den USA in der Vergangenheit deutliches Misstrauen hervorgerufen hat.

Dieses Misstrauen scheint auch auf den Supreme Court einen gewissen Einfluss zu haben. In der Entscheidung *Citizens United v. Federal Election Commission*<sup>909</sup>, in der der Supreme Court den „Bipartisan Campaign Reform Act“<sup>910</sup> aus dem Jahr 2002 teilweise für verfassungswidrig erklärte, führte Richter *Stevens* in seiner Dissenting Opinion aus:

*Our colleagues have arrived at the conclusion that Austin must be overruled and that § 203 is facially unconstitutional [...] after **bypassing or ignoring rules of judicial restraint used to cabin the Court's lawmaking power.** [...].*

*In a democratic society, the longstanding consensus on the need to limit corporate campaign spending should outweigh the wooden application of judge-made rules. The majority's rejection of this principle "elevate[s] corporations to a level of deference which has not been seen at least since the days when substantive due process was regularly used to invalidate regulatory legislation thought to unfairly impinge upon established economic interests." Bellotti, 435 U.S., at 817, n. 13, 98 S.Ct. 1407 (White, J., dissenting). **At bottom, the Court's opinion is thus a rejection of the common sense of the American people, who have recognized a need to prevent corporations from undermining self-government since the founding, and who have fought against the distinctive corrupting potential of corporate electioneering since the days of Theodore Roosevelt. It is a strange time to repudiate that common sense. While American democracy is imperfect, few outside the majority of this Court would have thought its flaws included a dearth of corporate money in politics.***<sup>911</sup> (Hervorhebung durch den Verfasser)

In dieser Dissenting Opinion findet sich ein klarer Bezug zu dem offenbar auch innerhalb des Supreme Court existierenden Konflikt zwischen den Kompetenzen des Gesetzsetzgebers - dem Willen der Mehrheit der Amerikaner - und der Kompetenz des Supreme Court in die Befugnisse des Gesetzgebers einzugreifen.

---

<sup>909</sup> *Citizens United v. Federal Election Commission* 550 U.S. 310 (2010).

<sup>910</sup> Pub.L. 107-155.

<sup>911</sup> *Citizens United v. Federal Election Commission* 550 U.S. 310, 479.

*Calabresi* weist ganz allgemein auf die zu beobachtende Zurückhaltung des Supreme Court in Bezug auf die Schaffung neuer Grundrechte hin<sup>912</sup> und stellt einen direkten Bezug zu der Debatte um das Problem der counter-majoritarian difficulty her.

*A federal judiciary that enforces textually prescribed structural constitutional allocations of power and that **does not impose, social and cultural change** on the States Act as a neutral umpire [...] **does not suffer from the countermajoritarian difficulty**, as that has been hitherto understood, and cannot fairly be charged with activism, because it is engaged only in choosing which majority should govern on which issue. Such a judiciary lives in the space in between the National Government and the States and between the President and the Congress. **It functions more as an umpire than as a lawmaker.** [...] When federal and state Court police these federalism boundary lines they are **not acting in a countermajoritarian fashion as they do when they hear individual rights cases.**<sup>913</sup> (Hervorhebung durch den Verfasser)*

Als Beispiel für einen solchen „social and cultural change“ nennt *Calabresi* die Entscheidung des Supreme Court in Sachen *Roe v. Wade*<sup>914</sup>, in der der Supreme Court das Right to (Decisional) Privacy auf die Abtreibung erstreckt hat. Der Supreme Court räumte in *Roe v. Wade* schwangeren Frauen das Recht ein, selbst über eine Abtreibung entscheiden zu dürfen und erkannte es als Bestandteil des Right to Privacy an.<sup>915</sup> Diese Entscheidung hält *Calabresi* für falsch. Der Supreme Court versuche hier, als nicht gewählte Institution einen „social and cultural change“ herbeizuführen. Dies stehe dem Supreme Court nicht zu.<sup>916</sup>

In *Griswold v. Connecticut*<sup>917</sup> erkannte der Supreme Court das Right to Privacy als ein nicht ausdrücklich in der Verfassung genanntes Grundrecht an. Dies kritisierte Justice *Black* mit folgender Bemerkung:

*„The court talks about a constitutional ‘right of privacy’ as though there is some constitutional provision or provisions forbidding any law ever to be passed which might abridge the ‘privacy’ of individuals. But there is not.*<sup>918</sup>

---

<sup>912</sup> *Calabresi*, Steven G., TEXTUALISM AND THE COUNTERMAJORITARIAN DIFFICULTY, in: George Washington Law Review (1998) 66 Geo. Wash. L. Rev. 1373, 1382.

<sup>913</sup> *Calabresi*, Steven G. S. 1382/1383 vgl. in diesem Sinne auch *Bickel*, Alexander S. 84 ff.

<sup>914</sup> *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973).

<sup>915</sup> Ebenda.

<sup>916</sup> *Calabresi*, Steven G. S. 1379 f., 1382/1383.

<sup>917</sup> *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965).

<sup>918</sup> *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 508.

Seine Einwände gegen eine verfassungsrechtliche Verankerung eines Right to Privacy erläutert *Black* zwei Jahre später innerhalb eines gerichtlichen Meinungsaustauschs<sup>919</sup> zum Fall *Time, Inc. v. Hill*<sup>920, 921</sup>. Hier wird ein direkter Bezug zur counter-majoritarian difficulty deutlich. Die Problematik der Legitimation des Supreme Court zur Schaffung von Grundrechten, die keinen wörtlichen Anklang in der Verfassung finden, spricht nach Auffassung *Blacks* maßgeblich gegen die Etablierung des Right to Privacy. *Black* führt aus, ein Right to Privacy habe schlicht keinerlei Rückhalt in der Verfassung.<sup>922</sup> Unabhängig davon, ob die Schaffung eines Right to Privacy rechtspolitisch wünschenswert erscheine, überschreite die Schaffung eines Right to Privacy die Kompetenzen des Supreme Court.<sup>923</sup> Es stünde dem Supreme Court nicht zu, sich auf diese Weise über den Willen der Verfassungsväter sowie des amerikanischen Volkes hinwegzusetzen. *Black* fasst zusammen:

*„I prefer to have people's liberty measured by the constitutional language the Founders wrote rather than by new views of new judges as to what liberty it is safe for the people to have.“*<sup>924</sup>

In Deutschland ist eine in ihrer Intensität vergleichbare Debatte in Bezug auf die Legitimation des Bundesverfassungsgerichts nicht zu beobachten.<sup>925</sup> Dies mag vor allem an der klaren normativen Grundlage der Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts liegen.<sup>926</sup> Während der Supreme Court der USA seine Kompetenz zur Aufhebung demokratisch beschlossener Gesetze in der historischen Entscheidung *Marbury v. Madison*<sup>927</sup> selbst schaffen musste, war diese Position dem Bundesverfassungsgericht normativ in die Wiege gelegt.<sup>928</sup> *Möllers* spricht insoweit von einer „rechtlich makellosen Entstehungsgeschichte des Bundesverfassungsgerichts“<sup>929</sup>.

Die Präsenz der Kontroverse um die Kompetenzabgrenzung zwischen dem Gesetzgeber und dem Supreme Court in den USA mag damit ein wesentlicher Grund für die Zurückhaltung des

---

<sup>919</sup> *Schefer*, Markus S. 110.

<sup>920</sup> *Time, Inc. v. Hill* 385 U.S. 374 (1967).

<sup>921</sup> *Schefer*, Markus S. 110.

<sup>922</sup> *Schwartz*, Bernard. *The New Right And The Constitution: Turning Back the Legal Clock* (Northeastern, Boston, 1990) S. 39; *Schefer*, Markus S. 110.

<sup>923</sup> *Schwartz*, Bernard. *The New Right And The Constitution: Turning Back the Legal Clock* (Northeastern, Boston, 1990) S. 39; *Schefer*, Markus S. 110.

<sup>924</sup> *Black*, zitiert nach *Schwartz*, Bernard S. 39.

<sup>925</sup> *Möllers*, Christoph, in: *Das entgrenzte Gericht* (Suhrkamp, Berlin, 2011) S. 284.

<sup>926</sup> *Möllers*, Christoph S. 289.

<sup>927</sup> 5. U.S. 137, 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

<sup>928</sup> *Möllers*, Christoph S. 288, 355 ff.

<sup>929</sup> *Möllers*, Christoph S. 288.

Supreme Court sein, in dem brisanten und immer wieder auftretenden Spannungsverhältnis zwischen Sicherheit und Freiheit nicht in die Befugnisse des Gesetzgebers einzugreifen und die Schaffung eines Right to Information Privacy in Fortbildung des Right to Privacy diesem zu überlassen.

(d) *Kritik*

Diese grundsätzliche Zurückhaltung des Supreme Court bei der Entwicklung eines verfassungsrechtlichen Schutzes der informationellen Privatsphäre ist nicht unproblematisch. Zum einen ist der amerikanische Verfassungstext bei der Formulierung von Individualrechten ohnehin zurückhaltend. *Calabresi* führt insoweit mit Bezug zur counter-majoritarian difficulty aus:

*“Put another way, the text of our written Constitution devotes only fifty-two words to the protection of individual liberty from the depredations of state government in the Fourteenth Amendment, while devoting several thousand words to the subject of allocating and dividing power among government institutions. No textualist can fail to be impressed by his brute fact. There is a lot more “text” dealing with issues of governmental structure than there is “text” dealing with issues of the protection of individual rights from state government.”<sup>930</sup>*

Diese Lücke muss gefüllt werden. Zum anderen bedarf gerade der alte Text der amerikanischen Verfassung einer modernen Auslegung mit Blick auf technologische Fortschritte und damit im Bereich des Informationsschutzes. Dies erkannten bereits *Warren* und *Brandeis*, als sie für ein weites Verständnis des Schutzes der amerikanischen Verfassung im Bereich der Privatsphäre plädierten.<sup>931</sup> Es ist zu beachten, dass die amerikanische Verfassung zwar ein Äquivalent zu Art. 13 GG aufweist, indem sie im Vierten Zusatzartikel den Einzelnen vor willkürlichen Wohnungsdurchsuchungen schützt. Ein Äquivalent zu Art. 10 GG gibt es in der amerikanischen Verfassung nicht. Vielmehr wird nach *Katz* das Abhören von Telefongesprächen zwar unter den Schutz vor willkürlichen Wohnungsdurchsuchungen gefasst und dem Reasonable Expectation of Privacy Test unterstellt. Nicht erfasst vom grundrechtlichen Schutz sind damit jedoch über sog. Pen Registers erlangte Informationen.<sup>932</sup>

---

<sup>930</sup> *Calabresi*, Steven G. S. 1376/1377.

<sup>931</sup> Vgl. oben unter VI.C.3.a)(2).

<sup>932</sup> Vgl. *Smith v. Maryland* 442 U.S. 735, 742.

Dies ist nur ein Beispiel, welches die Schutzlücken im Bereich der informationellen Privatsphäre in den USA offenbart.

Diese Schutzlücken können auch nicht wirksam durch einfachgesetzliche Regelungen gefüllt werden, da solche im Ernstfall keinen Bestand haben. Bewegungsspielräume, die der einfache Gesetzgeber für das Eindringen der öffentlichen Hand in die Privatsphäre einschränkt, kann er problemlos durch ein einfaches Gesetz wieder erweitern, wenn Bedarf besteht. Grundsätzlichen Schutz können einfache Gesetze in dieser Sache nicht vermitteln. Es käme insoweit einzig eine Verfassungsänderung in Betracht.

Die Zurückhaltung des Supreme Court bei der Entwicklung eines Grundrechts auf Schutz der informationellen Privatsphäre erscheint überdies vor dem Hintergrund von *Whalen v. Roe* überraschend. In *Whalen* hat der Supreme Court eine in jeder Hinsicht tragfähige Grundlage für ein solches Grundrecht gelegt. Es wäre einem natürlichen Fluss gleichgekommen, wenn er an diese Stelle angeknüpft hätte. Hier greift die Kritik *Eberles*, der die Entwicklung eines Right to Information Self-Determination für notwendig erachtet.<sup>933</sup>

Allein das Vorhandensein eines flächendeckenden Schutzes persönlicher Informationen in Deutschland lässt indes nicht den Schluss darauf zu, dass diesem in der Anti-Terrorismusgesetzgebung Rechnung getragen wird. In der Folge wird darzustellen sein, ob und wenn ja wie sich die Zurückhaltung des Supreme Court in bestimmten Bereichen der Anti-Terrorismusgesetzgebung im Vergleich zur deutschen Anti-Terrorismusgesetzgebung ausgewirkt hat.

#### **4. Konkrete Beeinträchtigungen durch die Anti-Terrorismusgesetzgebung**

##### *a) Erwägungen für die Auswahl der Bereiche*

Die Auswahl der Bereiche, anhand derer der Einfluss der deutschen und amerikanischen Anti-Terrorismusgesetzgebung auf die informationelle Privatsphäre miteinander verglichen werden wird, beruht auf folgenden Erwägungen:

---

<sup>933</sup> *Eberle*, Edward J., INFORMATION SELF-DETERMINATION S. 965ff.

Zum einen bilden die ausgewählten Bereiche einen repräsentativen Querschnitt der Anti-Terrorismusgesetzgebung in beiden Ländern ab. Einzig die Bekämpfung der Geldwäsche wird wegen ihrer eigenen Systematik wie auch im deskriptiven Teil dieser Arbeit außen vor gelassen.

Zum anderen war für die Auswahl der vier Bereiche die Überlegung leitend, dass sich durch terroristische Bedrohungen motivierte gesetzgeberische Änderungen nicht nur unmittelbar, sondern auch mittelbar die Beeinträchtigung der informationellen Privatsphäre ergeben kann. Unmittelbar geschieht dies beispielsweise durch die ausdrückliche Erweiterung behördlicher Kompetenzen zur Informationssammlung und -verwertung. Als Beispiel dafür sind hier die Bereiche des Ausländerrechts sowie die gesetzgeberischen Veränderungen hinsichtlich der Einbindung Dritter in den Kampf gegen den Terrorismus zu nennen.<sup>934</sup> Zum anderen kann eine - gegebenenfalls viel weiter reichende - Bedrohung der informationellen Privatsphäre von strukturellen sicherheitspolitischen Paradigmenwechseln ausgehen. Als Beispiel ist hier die grundsätzliche Veränderung des Verhältnisses zwischen Geheimdiensten und Strafverfolgungsbehörden zu nennen.<sup>935</sup>

Von beiden Möglichkeiten wurde sowohl in der deutschen, als auch in der amerikanischen Anti-Terrorismusgesetzgebung in unterschiedlichem Maße Gebrauch gemacht. In der vergleichenden Betrachtung der ausgewählten gesetzgeberischen Reaktionen auf den internationalen Terrorismus in Deutschland und den USA werden daher sowohl unmittelbar auf die Informationssammlung und -verwertung gerichtete gesetzgeberische Änderungen, als auch grundsätzliche sicherheitspolitische Strukturentscheidungen miteinander verglichen und an der Relevanz für die informationelle Privatsphäre gemessen werden.

Die Erweiterungen strafverfolgungsbehördlicher Ermittlungsbefugnisse werden als ergänzendes Element bei der vergleichenden Betrachtung herangezogen, um feststellen zu können, inwieweit der Grad der Bedrohungslage den Schutz der informationellen Privatsphäre in Deutschland und den USA beeinflusst.

### ***b) Das Verhältnis zwischen Geheimdiensten und Strafverfolgungsbehörden***

---

<sup>934</sup> Vgl. unten unter V.C.4.d) und V.C.4.c).

<sup>935</sup> Vgl. unten unter V.C.4.b).

## (1) USA

Wie unter II.B.4.c) ausgeführt, wird die Reichweite der für Geheimdienste vorgesehenen Ermächtigungsgrundlagen (FISA) durch den P. Act erheblich erweitert. Der FISA ist in dem 50. Titel der amerikanischen Bundesgesetze verankert, der die Überschrift „war and national defense“ trägt. In Unterkapitel 36 finden sich die maßgeblichen Vorschriften des FISA zur elektronischen Überwachung. Dieses Unterkapitel wiederum trägt den Titel „foreign intelligence and surveillance“. Die Bewertung der Änderungen durch den P. Act muss stets unter Beachtung dieses Kontextes geschehen.

Zwei wesentliche Bereiche spielen hier hinsichtlich des Eingriffs in die informationelle Privatsphäre eine Rolle. Zum einen sind die Möglichkeiten des FBI von Interesse, von privaten Dritten empfindliche Daten zur Terrorismusbekämpfung zu erlangen. Dies soll aus Gründen der Übersichtlichkeit unter einem gesonderten Punkt unter V.C.4.e) aufgegriffen werden.

Der zweite wesentliche Punkt ist die Verschmelzung strafverfolgungsbehördlicher und nachrichtendienstlicher Kompetenzen. Wie bereits im Rahmen der Reichweite der Änderungen unter IV.C. dargestellt wurde, ist die Abschaffung der Firewall zwischen Geheimdiensten und den Strafverfolgungsbehörden eine im Ergebnis schwerwiegende Verschiebung der Maßstäbe im Sicherheitsrecht. Diese Änderung mit zumindest schleichender Systemrelevanz wirkt sich - wenn auch nur mittelbar - auch auf den Schutz der informationellen Privatsphäre aus.

Die Gefahr für die informationelle Privatsphäre liegt insbesondere darin, dass Ermächtigungsgrundlagen zur Informationssammlung, welche ursprünglich lediglich Geheimdiensten vorbehalten und somit an für diese zugeschnittene Hürden gebunden waren, nunmehr unmittelbar oder mittelbar auch bei der Ermittlung in einer einfachen Straftat zur Anwendung gelangen.

Vor dem P. Act war eine elektronische Überwachung nach den Vorschriften des FISA (50 U.S.C. 1804) nur dann möglich, wenn *der* Zweck der Maßnahme die Erlangung von Informationen über ausländische geheimdienstliche Aktivitäten war. Diese Begrenzung war ein Eckpfeiler der Firewall zwischen Strafverfolgungsbehörden und Geheimdiensten. Die Sammlung solcher Informationen fällt naturgemäß nicht in den Tätigkeitsbereich der

Strafverfolgung, sodass diese keine Genehmigung zur elektronischen Überwachung nach dem FISA erlangen konnten. Die Behörden, die sich mit normaler Strafverfolgung befassten, mussten sich infolgedessen an die für sie speziell geschaffenen Ermächtigungsgrundlagen halten, welche erhöhte sonstige Voraussetzungen (dringender Tatverdacht hinsichtlich einer Katalogtat etc.) festschreiben.<sup>936</sup>

Der P. Act räumt mit Sec. 218<sup>937</sup> der Exekutive nunmehr die Möglichkeit ein, unabhängig von den speziell für die Strafverfolgung geschaffenen Ermächtigungsgrundlagen auch für die Strafverfolgung direkt nach dem FISA eine gerichtliche Anordnung zur elektronischen Überwachung zu erhalten. Dies führt zum einen zu einer Aushöhlung des Trennungsgebotes, da für strafverfolgungsbehördliche Tätigkeiten somit auf Ermächtigungsgrundlagen zurückgegriffen werden kann, welche ursprünglich exklusiv Geheimdiensten vorbehalten und hinsichtlich ihrer speziellen Ausformung nur auf Geheimdienste zugeschnitten waren. Zum anderen hat diese Erweiterung im FISA gleichsam notwendigerweise das Absinken des Schutzes der informationellen Privatsphäre zur Folge. Angesichts der weitreichenden Kompetenzen über den FISA, zur Verfolgung allgemeiner Straftaten in großem Maßstab verdachtsunabhängig Informationen zu sammeln, kann die Gefahr für die informationelle Privatsphäre nicht hoch genug bewertet werden. *Herman* moniert in diesem Zusammenhang die Schwäche des Vierten Zusatzartikels, diesen Gefahren zu begegnen. Grund für diese Schwäche sei die zurückhaltende Rechtsprechung des Supreme Court in den vergangenen Dekaden hinsichtlich des Schutzes der (informationellen) Privatsphäre unter dem Vierten Zusatzartikel.

*„Fourth Amendment doctrine itself has created the loopholes within which the Patriot Act operates. Since the end of the Warren Court era, the Supreme Court has paid little more than lip service to Fourth Amendment precepts, generating myriad exceptions and exclusions to what the Fourth Amendment might otherwise require. Unlike the countermajoritarian First Amendment doctrine, Fourth Amendment doctrine currently seems to be submajoritarian: that is, it appears to allow the government discretion to conduct surveillance that a majority of people would find unreasonable.“*<sup>938</sup>

---

<sup>936</sup> Vgl. oben unter II.B.4.b)(2).

<sup>937</sup> Vgl. oben unter II.B.4.c)(2).

<sup>938</sup> *Herman*, Susan N. S. 71.

Verstärkt wird diese Gefährdung der informationellen Privatsphäre darüber hinaus infolge der Änderungen in Sec. 203 P. Act.<sup>939</sup> Hier wird die Durchlässigkeit der Informationen zwischen Strafverfolgungsbehörden und Geheimdiensten in einem erheblich erweitert. Es hängt allein vom Ermessen der Behörden ab, ob gesammelte Informationen mit den anderen Ermittlungsbehörden geteilt werden sollen. Dies führt nicht nur zu einer Verschärfung der Gefahr für den Schutz der informationellen Privatsphäre bei der Informationssammlung, sondern auch zu einer Verschärfung der Gefahr bei der Informationsverwertung. Es spielt mithin für die Verbreitung empfindlicher Informationen innerhalb des amerikanischen Behördennetzes keine Rolle mehr, wer Daten unter Verwendung welcher Ermächtigungsgrundlagen gesammelt hat. Sie sind sowohl Geheimdiensten, als auch Strafverfolgungsbehörden letztlich gleichermaßen zugänglich. Der Informationsfluss geht in beide Richtungen.

## (2) Vergleich mit Deutschland

In der deutschen Anti-Terrorismugesetzgebung sind ähnliche Tendenzen erkennbar, auch wenn diese im Einzelnen weniger weitgehend sind.

Eine erhebliche Parallele hinsichtlich der Erweiterung geheimdienstlicher Kompetenzen im TBG II betrifft auch hier die Sammlung und Verwertung empfindlicher Daten unter der Einbindung privater Dritter.<sup>940</sup>

Darüber hinausgehend ist im Ansatz auch in Deutschland eine Erosion des Trennungsgebotes erkennbar. Wie bereits ausgeführt, ist der deutsche Gesetzgeber jedoch weit weniger offensiv als der amerikanische. Es wurde keineswegs in die geheimdienstlichen Ermächtigungsgrundlagen im BVerfSchG, im BNDG oder im MADG eine Öffnungsklausel für die Strafverfolgung aufgenommen. Eine vergleichbare Norm zu Sec. 218 P. Act findet sich im TBG II nicht. Das Trennungsgebot wird lediglich insoweit geschwächt, als durch die §§ 129 a und b StGB eine Verlagerung der Strafbarkeit in das Versuchsstadium stattfindet und damit der Anlass zu Strafverfolgungsmaßnahmen in Stadien einsetzt, die an sich geheimdienstlicher Tätigkeit vorbehalten sein sollten. Die Gefahr für die informationelle Privatsphäre liegt dabei auf der Hand: Je frühzeitiger die Polizei einen Anfangsverdacht

---

<sup>939</sup> Vgl. oben unter II.B.4.c)(6).

<sup>940</sup> Vgl. insoweit unten unter V.C.4.c).

annehmen darf, desto früher sind Ermittlungen, die in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingreifen, von der StPO gedeckt.

Die offensive Abschaffung des Trennungsgebotes in den USA durch eine klare Öffnung geheimdienstlicher Ermächtigungsgrundlagen für strafverfolgungsbehördliche Ermittlungen geht wesentlich weiter als die mittelbare Schwächung des Trennungsgebotes durch die Anti-Terrorismusgesetzgebung in Deutschland. In den USA wurde die Exklusivität der Kompetenzen, die ursprünglich unter dem Namen „Foreign Intelligence Surveillance Act“ geschaffen wurden, durch den P. Act abgeschafft. Die Überwachungs- und Datensammlungskompetenzen sind nunmehr gerade auch bei der Bekämpfung von einfachen Straftaten gegeben. Dies stellt eine weiter reichende Gefährdung des Rechts auf informationelle Privatsphäre dar, als sie in den Änderungen durch das TBG II zu beobachten ist.

Zwar lag es maßgeblich im Interesse des Gesetzgebers bei der Fassung des TBG II, den Informationsaustausch zwischen den Behörden zu verbessern und damit eine ganzheitliche Beobachtung terroristischer Strömungen in Deutschland zu ermöglichen.<sup>941</sup> Eine dem Sec. 203 P. Act vergleichbare Erweiterung der Informationsdurchlässigkeit im Verhältnis der Geheimdienste zu den Strafverfolgungsbehörden ist in der Anti-Terrorismusgesetzgebung jedoch ebenfalls nicht zu finden. Zwar schreibt § 20 BVerfSchG einen umgrenzten Informationsfluss von den Geheimdiensten an die Strafverfolgungsbehörden vor. Allerdings gilt dies nur dann, „wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Übermittlung zur Verhinderung oder Verfolgung von Staatsschutzdelikten erforderlich ist“. Dies wiederum ist kein durch die Anti-Terrorismusgesetzgebung herbeigeführtes Novum. Eine solche Einschränkung macht Sec. 203 P. Act nicht.<sup>942</sup> Sec. 203 P. Act erlaubt vielmehr einen nahezu unbeschränkten Informationsfluss zwischen Geheimdiensten und Strafverfolgungsbehörden. Dieser Informationsfluss ist nicht daran gebunden, dass bestimmte Staatsschutzdelikte oder Terrorismuskriminalität in Rede stehen.

Es bleibt demnach festzustellen, dass infolge der Anti-Terrorismusgesetzgebung vor allem in den USA eine Aufhebung des Trennungsgebotes zu beobachten ist. Mit Blick auf die Systemrelevanz dieser Änderungen wurde bereits oben festgestellt, dass sie zu einem

---

<sup>941</sup> BT Drucks. 14/7386 S. 36.

<sup>942</sup> Vgl. oben unter II.B.4.c)(6).

nachhaltigen Paradigmenwechsel in der Sicherheitsarchitektur der USA führt. In Deutschland hat dies in vergleichbarem Ausmaß nicht stattgefunden.

Dieser Paradigmenwechsel in den USA hat mittelbar erhebliche Auswirkungen auf den Schutz der informationellen Privatsphäre im Speziellen sowie auf die Privatsphäre insgesamt. Folge ist zum einen eine erhebliche Kompetenzerweiterung bei der Informationssammlung auf Grundlage geheimdienstlicher Ermächtigungsgrundlagen zum Zwecke der Strafverfolgung. Weitere Folge ist die Verwertung von empfindlichen persönlichen Informationen aus strafrechtlichen Ermittlungsverfahren durch die Geheimdienste sowie von empfindlichen persönlichen Informationen aus geheimdienstlichen Aktivitäten für strafverfolgungsbehördliche Ermittlungen in den USA.

Dieser grundsätzliche strukturelle Unterschied in der Entwicklung der amerikanischen Anti-Terrorismusgesetzgebung im Vergleich zum deutschen Pendant, mag nicht zuletzt darauf beruhen, dass die Amerikaner infolge des 11. September 2001 den Kampf gegen den internationalen Terrorismus als Krieg (War on Terror) begriffen haben. Im Rahmen eines Krieges gegen den internationalen Terrorismus mag es als konsequent erscheinen, Ermächtigungsgrundlagen für die Überwachung Verdächtiger unter der Überschrift „war and national defense“ zu suchen. Allerdings entfalten die beschriebenen Änderungen in der Sicherheitsarchitektur der USA nicht nur bei Straftaten im Zusammenhang mit dem Terrorismus ihre Wirkung. Die Informationsteilung zwischen Geheimdiensten und Strafverfolgungsbehörden greifen nämlich gerade auch bei der allgemeinen Kriminalitätsbekämpfung. Gerade die Möglichkeit, mithilfe geheimdienstlicher Ermächtigungsgrundlagen im Inland gegen amerikanische Staatsbürger zu ermitteln, ist nicht nur beim Vorliegen eines Terrorismusverdachts gegeben. Der War on Terror führt damit letztlich zur Einführung einer Art Notstandsrecht anwendbar auf die allgemeine Strafverfolgung. Genau dies zeigt die Gefährlichkeit der Prägung der Terrorismusbekämpfung als War on Terror. Dies hat sich nicht nur bei den Military Commissions gezeigt<sup>943</sup>, sondern findet sich im Recht der allgemeinen Strafverfolgung wieder und bedroht dadurch gerade auch den Schutz der informationellen Privatsphäre in erheblichem Maße.

### *c) Erweiterung der Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden*

---

<sup>943</sup> Vgl. oben unter II.B.4.g)(5).

## (1) USA

Wie oben unter II.B.4.b) dargestellt, hat der P. Act zu einer erheblichen Erweiterung der Ermittlungsbefugnisse der Polizei geführt. Diese erweiterten Kompetenzen der Polizei schränken den Schutz der informationellen Privatsphäre unter verschiedenen Aspekten ein. Zum einen ermöglicht Sec. 209 P. Act<sup>944</sup> den Strafverfolgungsbehörden auf bei den Telekommunikationsanbietern aufgezeichnete Telefongespräche (z.B. bei Nachrichten auf der Mailbox des Mobilfunkkunden) unter erleichterten Bedingungen zuzugreifen. Sec. 209 P. Act stellt damit aufgezeichnete Telefongespräche den Emails gleich, deren Speicherung auf den Servern des Internetanbieters nach der Rechtsprechung des Supreme Court nicht dem Schutz des Vierten Zusatzartikels unterliegen.<sup>945</sup> Es bestehe insoweit keine Reasonable Expectation of Privacy auf Seiten des Betroffenen.<sup>946</sup> Damit ist für die Sichtung dieser aufgezeichneten Telefongespräche durch die Strafverfolgungsbehörden nicht die Einhaltung der besonderen Voraussetzungen in Titel III des Omnibus Crime Control and Safe Streets Act<sup>947</sup> erforderlich (besonderer Verdachtsgrad hinsichtlich einer Katalogtat etc.). Lediglich die Relevanz hinsichtlich einer laufenden Strafermittlung muss dargelegt werden. Die so gewonnenen Daten können 180 Tage ohne eine Benachrichtigung des Anschlussinhabers ausgewertet werden und auch danach ist eine Benachrichtigung nicht immer erforderlich.

Eine weitere erhebliche Beeinträchtigung der informationellen Privatsphäre ist bei den unter II.B.4.b)(3)(c) beschriebenen polizeilichen Anordnungen betreffend die äußeren Umstände der Telekommunikation festzustellen. Sec. 216 P. Act<sup>948</sup> erweitert Pen/Trap Orders auch auf Emails. Dies ist vor allem mit Blick darauf problematisch, dass nach *Smith v. Maryland*<sup>949</sup> die Erlangung von Informationen über solche Pen/Trap Orders ebenfalls nicht dem Schutz des Vierten Zusatzartikels unterliegt, da keine Reasonable Expectation of Privacy<sup>950</sup> hinsichtlich solcher Informationen bestehe.

An diesen beiden Beispielen wird klar, dass der amerikanische Gesetzgeber in Grenzbereichen, welche zwar nicht Abhörmaßnahmen laufender Telekommunikation, jedoch andere äußerst empfindliche Daten über telekommunikative Vorgänge betreffen, weitgehend

---

<sup>944</sup> Vgl. oben unter II.B.4.b)(3)(b).

<sup>945</sup> *United States v. Smith* 155 F.3d 1050, 1055-56 (1998).

<sup>946</sup> Vgl. oben unter II.C.3.a)(4)(c)(iii).

<sup>947</sup> Vgl. oben unter II.B.4.b)

<sup>948</sup> Vgl. oben unter II.B.4.b)(3)(c).

<sup>949</sup> *Smith v. Maryland* 442 U.S. 735.

<sup>950</sup> Vgl. oben unter VI.C.3.a)(4)(c)(iii).

freie Hand hatte. Er hatte dabei den Schutz der informationellen Privatsphäre weniger im Blick als vielmehr die effektive Bekämpfung des internationalen Terrorismus.

## (2) Vergleich mit Deutschland

In der Anti-Terrorismusgesetzgebung der Bundesrepublik gibt es wenige Kompetenzerweiterungen, welche direkt mit den Genannten auf amerikanischer Seite vergleichbar sind.

Zum einen wurden im Rahmen der Anti-Terrorismusgesetzgebung nach dem 11. September 2001 in Deutschland kaum direkte Kompetenzerweiterungen der Strafverfolgungsbehörden vorgenommen. Dies mag daran liegen, dass die Anschläge nicht auf deutschem Territorium stattgefunden haben und daher mehr Wert darauf gelegt wurde, durch eine Stärkung der geheimdienstlichen Aktivitäten sowie Veränderungen im Ausländerrecht sog. Schläfer aufzudecken. Dies geschieht in den seltensten Fällen anhand der Aufklärung konkreter Straftaten als vielmehr durch vom konkreten Anlass unabhängige Geheimdienstermittlungen. Die Herausforderungen nach dem 11. September 2001 waren für Deutschland mithin weniger an der konkreten Verfolgung der Urheber terroristischer Anschläge und damit weniger an der Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden orientiert.

Zu Zeiten der RAF Gesetzgebung war die Herangehensweise der Bundesrepublik an die terroristische Bedrohung der amerikanischen Methode nach dem 11. September 2001 deutlich ähnlicher. Hier wurde eine konkrete Stärkung der Strafverfolgungsbehörden gefördert, wie unter III.A.2.f) ausgeführt wurde. Die Gefahren für den Schutz der informationellen Privatsphäre waren damals angesichts der zwar vorhandenen jedoch weit weniger entwickelten Technik weniger gravierend. Die Gefahren, welche für die informationelle Privatsphäre infolge der Kompetenzerweiterungen der Strafverfolgungsbehörden durch die RAF Gesetzgebung bestanden, gingen beispielsweise von der systematischen Einrichtung anlassunabhängiger Polizeikontrollen aus.<sup>951</sup> Die Gefahr dieser Einschränkungen für die (informationelle) Privatsphäre ist bereits deshalb von anderer Qualität als die von den erweiterten Pen/Trap Orders ausgehende, da solche Kontrollstellen nicht heimlich agierten und somit zumindest theoretisch einer richterlichen Überprüfung zugänglich waren. Die Erweiterungen der strafverfolgungsbehördlichen Kompetenzen im Rahmen der RAF

---

<sup>951</sup> Vgl. oben unter III.A.2.f)(2).

Gesetzgebung sind mit denen im Rahmen des amerikanischen P. Act jedenfalls in Bezug auf die informationelle Privatsphäre daher letztlich nicht vergleichbar, da sie in zwei unterschiedlichen technologischen Zeitaltern liegen.

Die strafverfolgungsbehördlichen Kompetenzerweiterungen in der deutschen Anti-Terrorismusgesetzgebung nach dem 11. September 2001 finden in erster Linie über die Schaffung des § 129 b StPO<sup>952</sup> statt. Die meisten Eingriffsbefugnisse in die (informationelle) Privatsphäre durch die Strafverfolgungsbehörden sind an Katalogtaten gebunden. Mit der Erweiterung der Katalogtaten im Bereich der Terrorismuskriminalität findet somit eine mittelbare Erweiterung der Kompetenzen der Strafverfolgungsbehörden statt, in die informationelle Privatsphäre des Einzelnen einzugreifen.

Auch hier zeigen sich allerdings die grundsätzlichen Unterschiede zwischen der deutschen und der amerikanischen Herangehensweise im Rahmen der Anti-Terrorismusgesetzgebung. Während die Amerikaner auf eine pauschale Erweiterung der Kompetenzen der Polizei setzen und dies nicht auf die Ermittlung im Bereich der Terrorismuskriminalität beschränken, entschied sich der deutsche Gesetzgeber, der Polizei keine grundsätzliche Kompetenzerweiterung zuzusprechen. Vielmehr geschieht eine Freigabe bereits bestehender Kompetenzen vermittels einer Erweiterung der Katalogtaten. Dies führt zu einer unterschiedlichen Belastung der informationellen Privatsphäre.

#### *d) Veränderungen im Ausländerrecht*

##### (1) USA

Im P. Act finden sich eine Reihe von Bestimmungen<sup>953</sup>, die sich damit befassen, der Gefahr durch einreisende Terroristen, die nicht amerikanische Staatsbürger sind, zu begegnen. Neben der Problematik der faktisch unbeschränkten Inhaftierung von Ausländern ohne ein rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechendes Gerichtsverfahren<sup>954</sup>, fallen die Möglichkeiten der amerikanischen Behörden zur vollständigen anlasslosen Durchleuchtung von Visaantragsstellern, kaum ins Gewicht. Das mag der Grund dafür sein, dass diese Problematik in der Rezeption des P. Act weit weniger diskutiert wurde. Tatsächlich stellen die

---

<sup>952</sup> Vgl. oben unter III.B.1.b).

<sup>953</sup> Vgl. oben unter II.B.4.c)(2).

<sup>954</sup> Vgl. oben unter II.B.4.c)(3).

Vorschriften im Ausländerrecht, die eine effektive Erkennung von Terroristen bereits vor der Einreise in die USA ermöglichen sollen, eine schwerwiegende Gefahr für den Schutz der informationellen Privatsphäre dar. Hierzu tragen verschiedene Faktoren bei.

Zum einen spielt bei der Erhebung persönlicher Informationen über die Visaantragssteller moderne Technik eine erhebliche Rolle. Durch den sog. biometrischen Fingerabdruck, den jeder Visaantragssteller in den USA leisten muss, wird ein erhebliches Paket empfindlicher Daten erhoben. Die moderne Technik erlaubt es darüber hinaus diese Informationen auf ewig zu speichern und jederzeit an jedem Ort abrufbar zu machen. Dies kann beispielsweise die Möglichkeit eröffnen, ein exaktes Bewegungsprofil des Einreisenden anzufertigen. Darüber hinaus ist zu betonen, dass diese Informationen vollständig anlassunabhängig erhoben werden. Die USA macht die Preisgabe empfindlicher persönlicher Daten infolge der Schaffung des Department of Homeland Security und der damit verbundenen Vorschriften im P. Act zur Grundvoraussetzung für die Einreise in die USA.

Ein weiteres wesentliches Element ist die Zusammenarbeit der Ausländerbehörden mit den Strafverfolgungsbehörden. Auch hier ist ein vereinfachter Informationsfluss kennzeichnend für die Regelungen im P. Act. Die Früherkennung terroristischer Gefahren artet somit in eine anlassunabhängige strafverfolgungsbehördliche Überprüfung jedes einzelnen Einreisewilligen aus.

Alle diese Änderungen sind durch eine generelle Verdächtigung der in die USA einreisenden Personen gekennzeichnet. Dies hat eine schwerwiegende Einschränkung des Schutzes der informationellen Privatsphäre zur Folge und wiederum zeigt die Schwäche eines Privatsphäreschutzes, der einzig auf einfachgesetzlicher Ebene stattfindet. Infolge der Einschränkungen im Ausländerrecht sind Personen, die nicht die amerikanische Staatsbürgerschaft besitzen von dem einfachgesetzlichen Schutz ausgenommen. Einen Jedermannschutz auf grundrechtlicher Ebene gibt es nicht.

## (2) Vergleich mit Deutschland

Im Vergleich zur deutschen Anti-Terrorismusgesetzgebung fällt zunächst auf, dass die Verschärfung ausländerrechtlicher Bestimmungen zur Terrorismusbekämpfung ein modernes Phänomen darstellt, welches in den sechziger und siebziger Jahren des vergangenen

Jahrhunderts noch keine Rolle spielte. In der RAF Gesetzgebung finden sich keine wesentlichen Modifikationen des Ausländerrechts mit dem Ziel, auch über die Grenzen der Bundesrepublik hinaus mutmaßliche Terroristen frühzeitig zu erfassen. Das Problem des international agierenden Terrorismus ist ein Novum, auf das die Gesetzgebung erst nach den Anschlägen des 11. September 2001 Antworten suchte. Der Terrorismus der sechziger und siebziger Jahre durch die RAF wurde offenbar als vornehmlich nationales Problem aufgefasst und auch als solches angegangen. Dies verwundert zunächst nicht, da die operative Struktur der RAF aus deutschen Staatsbürgern bestand. Auf der anderen Seite wurde - was nicht unbekannt war - bereits damals die Zusammenarbeit mit radikalen Kräften im Nahen und Mittleren Osten durch die deutschen Terroristen gepflegt<sup>955</sup>, sodass die rein nationale Handhabung der terroristischen Bedrohung im Rahmen der RAF Gesetzgebung in der Bundesrepublik mindestens bemerkenswert erscheint.

Der deutsche Ansatz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus nach dem 11. September 2001 im Bereich des Ausländerrechts<sup>956</sup> ist hingegen mit den Regelungen im amerikanischen P. Act als durchaus vergleichbar zu erachten. Es finden sich sehr parallel verlaufende und nicht weniger einschneidende Veränderungen.

Zum einen wird auch in Deutschland auf moderne Informationssammlung gesetzt. Die Erhebung von biometrischen Fingerabdrücken bei der Stellung von Visaanträgen gehört seit dem TBG II zum Standard. Auch die Verwertung der so erlangten empfindlichen persönlichen Daten wird mit dem TBG II auf eine wesentlich breitere Grundlage gestellt. Die Daten werden auf den Ausweisdokumenten der Visainhaber gespeichert und können zu beinahe jedem Zweck verwendet werden.

*(Vgl. Art. 11 Ziff. 2 TBG:*

*„Öffentliche Stellen können die in der Zone für das automatische Lesen enthaltene Daten zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben speichern, übermitteln und nutzen.“)*

Bemerkenswert ist, dass der Zugriff auf die (z.B. auf den Ausweisdokumenten) gespeicherten Daten ausländischer Einreisender an niedrigere Hürden geknüpft ist, als der Zugriff auf die

---

<sup>955</sup> Peters, Butz S. 84 ff; Aust, Stefan S. 121 ff.

<sup>956</sup> Vgl. oben unter III.B.2.f).

Daten deutscher Staatsbürger.<sup>957</sup> Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, welches nach der Ausarbeitung des Bundesverfassungsgericht gerade kein reines Deutschengrundrecht darstellt, sondern auch für Ausländer und Staatenlose gilt<sup>958</sup>, ist bei Personen, die nicht die deutsche Staatsbürgerschaft besitzen, damit faktisch weniger geschützt als bei deutschen Staatsangehörigen.

Eine umfassende Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden unter Verwendung dieser Daten ist auch nach der deutschen Antwort auf den internationalen Terrorismus möglich und vorgesehen. Die gegenseitige Informationsübermittlung wird wie in den USA gestärkt. Das deutsche Ausländerrecht sieht nach der Reformierung durch das TBG II darüber hinaus vor, dass bei Zweifeln über den Herkunftsstaat des Einreisenden eine Aufzeichnung des gesprochenen Wortes des Betroffenen und deren Auswertung stattfinden können. Diese Möglichkeit besteht indes nicht nur bei Zweifeln über den Herkunftsstaat, sondern auch, wenn die Annahme besteht, dass die betroffene Person die Sicherheit der Bundesrepublik gefährdet. Damit werden Ausländerbehörden unmittelbar in die operative Terrorismusbekämpfung eingebunden und sind damit nicht mehr nur für die Identifizierung der Person zur Ordnung der Einreise verantwortlich.

Wie in den USA wird in Deutschland auch im Bereich des Ausländerrechts die Einbindung privater Dritter gefördert, was unter V.C.4.e) einer gesonderten Betrachtung unterzogen wird.

Es sind mithin nach dem 11. September 2001 vollständig gleichlaufende Tendenzen bei der Terrorismusbekämpfung unter Einschaltung der Ausländerbehörden in Deutschland und den USA festzustellen. Hierbei spielt eine umfassende anlassunabhängige Erhebung und Speicherung von persönlichen Daten sowie deren Verteilung an die einschlägigen Behörden eine zentrale Rolle. Die Veränderungen im Ausländerrecht finden dabei in der Anti-Terrorismusgesetzgebung in Deutschland sowie den USA in gleichem Maße auf Kosten der informationellen Privatsphäre der Einreisewilligen und Visaantragssteller statt. In beiden Rechtsordnungen lässt sich ein Generalverdacht als handlungsleitendes Motiv des Gesetzgebers nicht abstreiten. Diese Herangehensweise ermöglicht wegen des vorgesehenen Zusammenspiels der verschiedenen Behörden eine vollständige Durchleuchtung der Personen, die nicht die deutsche bzw. amerikanische Staatsbürgerschaft besitzen. Dabei findet

---

<sup>957</sup> Vgl. oben unter III.B.2.f).

<sup>958</sup> *Rudolf, Walter* S. 256.

eine offene Diskriminierung der Ausländer statt, deren Anspruch auf den Schutz ihrer informationellen Privatsphäre sowohl in Deutschland, als auch in den USA weitgehend vereitelt wird. Es scheint ein grenzüberschreitender Konsens zu existieren, dass eine extensive Sammlung und Verwertung von empfindlichen persönlichen Informationen über einreisende Ausländer unabdingbar zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus ist.

### e) *Einbindung Dritter*

#### (1) USA

Wie bereits unter II.B.4.c)(7) ausgeführt, setzt der P. Act zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus auf die Einbindung privater Dritter zur Erlangung von Informationen über potentielle Terroristen. Im P. Act erweitert der amerikanische Gesetzgeber die im FISA geregelten Kompetenzen des FBI zur Sammlung und Verwertung persönlicher Informationen über verdächtige Personen. Diese Informationen stammen zumeist aus Kundendateien privater Unternehmen (Kreditinstitute, Telefon- oder Internetanbieter). Auf diese Weise werden systematisch dritte Stellen außerhalb des eigentlich zuständigen Behördenapparates für die Ermittlungen staatlicher Behörden instrumentalisiert und damit zwangsläufig in deren Ermittlungstätigkeit eingebunden.

Durch Sec. 505 P. Act wird beispielsweise die Möglichkeit der Behörden erweitert, einen NSL (National Security Letter) zu erlangen. Ein NSL enthält die Aufforderung einer nachrichtendienstlichen Behörde an einen Dritten (z.B. ein Unternehmen), Informationen verschiedenster Art offenzulegen. Über solche NSLs können die Behörden insbesondere auf Kundendaten beispielsweise von Kreditinstituten, Telekommunikations- und Internetanbietern oder von öffentlichen Bibliotheken zugreifen.<sup>959</sup> Anders als eine gleichgerichtete Ermittlung von Strafverfolgungsbehörden bedürfen Nachrichtendienste für die Erlangung solcher NSLs keiner richterlichen Anordnung.<sup>960</sup> Insgesamt bestehen nach der Neukonzeption der NSLs im P. Act trotz erweiterter Möglichkeit zur Erlangung eines NSL keinerlei richterliche Kontrollmechanismen.<sup>961</sup> Dies führt nach Auffassung *Swires* zu einer erheblichen Gefährdung der (informationellen) Privatsphäre.

---

<sup>959</sup> *Herman*, Susan N. S. 86.

<sup>960</sup> *Swire*, Peter P., THE SYSTEM OF FOREIGN INTELLIGENCE SURVEILLANCE LAW, in: George Washington Law Review (2004) 72 Geo. Wash. L. Rev. 1306, 1332 f.

<sup>961</sup> *Swire*, Peter P. S. 1356.

*„Most prominently, NSLs are implemented without judicial supervision. That lack of supervision, combined with the possibility of issuing an NSL without approval by FBI headquarters, creates the possibility of excessive surveillance by field offices.“*<sup>962</sup>

Wie sich bereits bei Betrachtung von Sec. 218 P. Act andeutete<sup>963</sup>, wird auch hier das Erfordernis des Auslandsbezuges bei der Tätigkeit der Nachrichtendienste quasi abgeschafft, sodass solche NSLs nicht mehr nur zur Spionageabwehr, sondern immer mehr auch zur nationalen Kriminalitätsbekämpfung genutzt werden können.<sup>964</sup> Die anordnende Behörde hat nach den Änderungen in Sec. 505 P. Act nur noch sicherzustellen, dass die Informationen, um deren Preisgabe die privaten Unternehmen ersucht werden, *relevant* für eine Ermittlung gegen terroristische Aktivitäten sind.<sup>965</sup>

Die Gefahr der NSLs für die informationelle Privatsphäre muss nicht besonders betont werden, sie liegt auf der Hand. Die Einbindung Dritter in den Kampf gegen den internationalen Terrorismus stellt einen erheblichen Eingriff in den Schutz empfindlicher privater Informationen dar, die ein Kunde seinem Kreditinstitut oder seinem Telekommunikationsanbieter zwangsläufig zur Verfügung stellen muss. Zu verhindern ist diese Durchleuchtung des Betroffenen für diesen faktisch nicht.

Der Punkt an dem sich bei den NSLs Streit entzündete, war allerdings nicht nur die Tatsache, dass über die Erweiterung der Kompetenzen der Behörden ein erleichterter Zugang zu empfindlichen Kundendaten möglich wurde. Zu Recht wurde auch die Heimlichkeit dieser Informationssammlung angeprangert.<sup>966</sup> Nach der ursprünglichen Konzeption des P. Act war erstens die zivilrechtliche Haftung der ersuchten Unternehmen bei der Preisgabe der Informationen gegenüber dem Kunden ausgeschlossen. Zweitens wurden die ersuchten Unternehmen mit einer Gag Order belegt.<sup>967</sup> Dies bedeutete, dass das preisgebende Unternehmen niemanden - nicht einmal seinem eigenen Rechtsbeistand - über die Offenlegung von Informationen infolge eines NSLs Mitteilung machen durfte.

---

<sup>962</sup> Ebenda.

<sup>963</sup> Vgl. oben unter II.B.4.c)(2); II.C.3.a); II.C.4.b).

<sup>964</sup> Doyle, Charles, Section-by-Section Analysis S. 41.

<sup>965</sup> Herman, Susan N. S. 87.

<sup>966</sup> ACLU Veröffentlichung: National Security Letters, <http://www.aclu.org/national-security-technology-and-liberty/national-security-letters> (zuletzt besucht am 6. 2. 2013).

<sup>967</sup> Vgl. oben unter II.B.4.c)(7).

Sowohl diese Verschwiegenheitsverpflichtung als auch das durch den P. Act reformierte Verfahren zur Erlangung eines NSL wurde in *Doe v. Ashcroft* für verfassungswidrig erklärt.<sup>968</sup>

*„To summarize, the Court concludes that the compulsory, secret, and unreviewable production of information required by the FBI’s application of 18 U.S.C. § 2709 violates the Fourth Amendment, and that the non-disclosure provision of U.S.C. § 2709(c) violates the First Amendment.“*<sup>969</sup>

Zum einen stellt Richter *Marrero* in der Entscheidung sinngemäß fest, dass die völlige Abwesenheit von Transparenz und richterlicher Überprüfung bei der Erlangung von NSLs gegen die informationelle Privatsphäre verstößt.

*„The evidence on the record now before this Court demonstrates that the information available through a § 2709 NSL served upon an ISP could easily be used to disclose vast amounts of anonymous speech and associational activity. For instance, § 2709 imposes a duty to provide “electronic communication transactional records,” a phrase which, though undefined in the statute, certainly encompasses a log of email addresses with whom a subscriber has corresponded and the web pages that a subscriber visits. Those transactional records can reveal, among other things, the anonymous message boards to which a person logs on or posts, the electronic newsletters to which he subscribes, and the advocacy websites he visits. Moreover, § 2709 imposes a duty on ISPs to provide the names and addresses of subscribers, thus enabling the Government to specifically identify someone who has written anonymously on the internet.“*<sup>970</sup>

Als grundrechtlichen Anknüpfungspunkt für den Verfassungsverstoß durch die Erweiterung Kompetenzen der Nachrichtendienste zur Erlangung eines NSLs nennt *Marrero* den Vierten Zusatzartikel. Er zieht Parallelen zu den bereits zitierten Entscheidungen des Supreme Court in Sachen *Smith* und *Katz*<sup>971</sup> und stellt dabei den unüberwachten Bewegungsspielraum jedes Einzelnen im Internet als Bestandteil der Freiheiten dar, welche der Supreme Court in *Katz*

---

<sup>968</sup> *Doe v. Ashcroft* 334 F.Supp.2d 471.

<sup>969</sup> *Doe v. Ashcroft* 334 F.Supp.2d 471 S. 526/527.

<sup>970</sup> *Doe v. Ashcroft* 334 F.Supp.2d 471 S. 509 f.

<sup>971</sup> Vgl. oben unter V.C.3.a)(1)(c); V.C.3.a)(1)(g).

festschrieb, indem er feststellte, dass der Vierte Zusatzartikel nicht nur Räume, sondern vor allem Personen schützt.

*„The more apt Supreme Court case for evaluating the assumption of risk argument at issue here is Katz v. United States, the seminal decision underlying both Smith and Miller. Katz held that the Fourth Amendment’s privacy protections applied where the Government wiretapped a telephone call placed from a public phone booth. Especially noteworthy and pertinent to this case is the Supreme Court’s remark that: “The Government’s activities in electronically listening to and recording the petitioner’s words violated the privacy upon which he justifiably relied while using the telephone booth and thus constituted a ‘search and seizure’ within the meaning of the Fourth Amendment.” The Supreme Court also stated that a person entering a phone booth who “shuts the door behind him” is “surely entitled to assume that the words he utters into the mouthpiece will not be broadcast to the world,” and held that. “[t]o read the Constitution more narrowly is to ignore the vital role that the public telephone has come to play in private communication.*

*A person who signs onto an anonymous forum under a pseudonym, for example, is essentially “shut[ting] the door behind him,” and is surely entitled to a Reasonable Expectation that his speech, whatever form the expression assumes, will not be accessible to the Government to be broadcast to the world absent appropriate legal process. To hold otherwise would ignore the role of the internet as a remarkably powerful forum for private communication and association. Even the Government concedes here that the internet is an “important vehicle for the free exchange of ideas and facilitates associations.”<sup>972</sup>*

Neben dieser instanzgerichtlichen Stärkung der Rechte der informationellen Privatsphäre bewertet *Marrero* die umfassende Verschwiegenheitsverpflichtung der Adressaten von NSLs als Verstoß gegen deren Recht zur freien Meinungsäußerung.<sup>973</sup> Ein vergleichbares Urteil, auf das hier gesondert nicht mehr eingegangen werden muss, findet sich in der Entscheidung *Doe v. Gonzales*.<sup>974</sup> Auch Richterin *Hall* gibt hier dem Rechtsschutzersuchen eines Internetserviceproviders, der Adressat eines NSL wurde, Recht und stützt sich dabei auf die

<sup>972</sup> *Doe v. Ashcroft* 334 F.Supp.2d 471 S. 510.

<sup>973</sup> *Doe v. Ashcroft* 334 F.Supp.2d 471 S. 511.

<sup>974</sup> *Doe v. Gonzales* 386 F.Supp. 2d 66.

Argumentation *Marreros* in Sachen *Doe v. Ashcroft*.<sup>975</sup> Die instanzgerichtlichen Entscheidungen in Sachen *Doe v. Ashcroft* sowie *Doe v. Gonzales* stellen damit zusammen mit den höchstrichterlichen Entscheidungen, welche zum Erlass des Military Commissions Act geführt haben, die wenigen Ausnahmen dar, bei denen der monierte „Judicial Inactivism“<sup>976</sup> in Bezug auf die amerikanische Anti-Terrorismusgesetzgebung durchbrochen wurde.

Nach den Sec. 115 - 119 des USA PATRIOT Improvement and Reauthorization Act aus dem Jahre 2005<sup>977</sup> wurden die Vorschriften zu den NSLs den Vorgaben der Rechtsprechung angepasst und enthalten nunmehr entschärfte Regelungen im Hinblick auf die Verschwiegenheitsverpflichtung (Gag Order). Weiterhin sehen sie ein Mindestmaß an richterlichen Überprüfungsmechanismen bei der Sammlung und Verwertung von Informationen infolge des Erlasses eines NSLs vor. Die grundlegenden Charakteristika der Einbindung Privater in die Ermittlungen der Nachrichtendienste werden dadurch nicht verändert.<sup>978</sup> Diese modifizierten Vorschriften zu den NSLs sind nunmehr geltendes Recht.<sup>979</sup>

## (2) Vergleich mit Deutschland

Auch in Deutschland spielt die Einbindung privater Dritter bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus eine erhebliche Rolle. Die Neuregelungen im TBG II hinsichtlich der Erweiterungen der Kompetenzen des BfV in den § 8 Abs. 5 - 8 BVerfSchG<sup>980</sup> drehen sich sogar schwerpunktmäßig um Auskunftspflichten privater Unternehmen (Post-, Telekommunikations- und Finanzdienstleister) gegenüber dem BfV.

Nach § 8 Abs. 5 BVerfSchG darf das BfV im Einzelfall bei Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstitutionen und anderen Finanzunternehmen Auskünfte verlangen zu Konten, deren Inhabern und sonstigen Berechtigten sowie weiteren am Zahlungsverkehr Beteiligten darüber hinaus zu Geldbewegungen im Einzelnen sowie zu Geldanlagen.<sup>981</sup> § 8

---

<sup>975</sup> *Doe v. Gonzales* 386 F.Supp. 2d 75.

<sup>976</sup> *Strassen*, Nadine. Liberty, Problematic post-9/11 judicial inactivism: immunizing executive branch overreaching, in: *Confronting Terror*, Dean Reuter; John Yoo (Hrsg.) (Encounter Books, New York/London, 2011) S. 229.

<sup>977</sup> H.R. 3199 (109th).

<sup>978</sup> *Ashcroft*, John D.; *Dinh*, Viet D., Liberty, security, and the USA patriot act, in: *Confronting Terror*, Dean Reuter; John Yoo (Hrsg.) (Encounter Books, New York/London, 2011) S. 199.

<sup>979</sup> *Ebenda*.

<sup>980</sup> Seit in Kraft treten des TBEG in § 8 a BVerfSchG normiert.

<sup>981</sup> *Droste*, Bernadette S. 236.

Abs. 6 BVerfSchG ermächtigt das BfV im Einzelfall bei Personen und Unternehmen, die geschäftsmäßig Postdienstleistungen erbringen, sowie bei denjenigen, die an der Erbringung dieser Dienstleistungen mitwirken, Auskünfte einzuholen zu Namen, Anschriften, Postfächern und sonstigen Umständen des Postverkehrs.<sup>982</sup> Gemäß § 8 Abs. 7 BVerfSchG darf das BfV bei Luftfahrtunternehmen Auskünfte einholen zu Namen, Anschriften und zur Inanspruchnahme von Transportleistungen und sonstigen Umständen des Luftverkehrs.<sup>983</sup> § 8 Abs. 8 BVerfSchG erfasst Auskunftsverlangen bei denjenigen, die geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste und Teledienste erbringen oder daran mitwirken hinsichtlich Verbindungsdaten und Nutzungsdaten.<sup>984</sup>

Diese Auskunftsverlangen sind zum einen an die definierte Beschränkung des Aufgabenbereichs des BfV gebunden. Dieser wurde durch die Änderungen im TBG II - wie unter III.B.2.b) dargestellt - allerdings ebenfalls erweitert. Mithin ist parallel zu den Änderungen im P. Act auch in Deutschland durch das TBG II ein Trend zu erkennen, der die Einbindung privater Dritter in den Kampf gegen den internationalen Terrorismus als probates Mittel anerkennt. Auch in Deutschland erfolgt eine solche Informationssammlung und -verwertung heimlich. Es bestehen dezidierte Anordnungen im BVerfSchG zur Speicherung und Löschung der Daten sowie zur Auskunftserteilung gegenüber dem Betroffenen. Dieser erfährt in der Regel nichts von den Vorgängen.

Mit Blick auf den Schutz der informationellen Privatsphäre sind insbesondere die Parallelen des methodischen Ansatzes in Deutschland und den USA zu bemerken. In beiden Rechtsordnungen, welche ein grundverschiedener verfassungsrechtlicher Schutz der informationellen Privatsphäre trennt, werden methodisch auf die gleiche Weise Unternehmen in die Bekämpfung des internationalen Terrorismus eingebunden. Sie werden zur rechten Hand der Ermittlungsbehörden. Dies ist vor allem wegen der je nach Branche hochsensiblen persönlichen Informationen, die dabei in den Wirkungskreis der öffentlichen Hand gelangen, von größter Gefahr für die informationelle Privatsphäre.

Ein Unterschied des Konzeptes in den USA und in Deutschland ist dabei nicht erkennbar. In beiden Rechtsordnungen geschieht die Übermittlung der Informationen zwischen dem um

---

<sup>982</sup> Droste, Bernadette S. 240.

<sup>983</sup> Droste, Bernadette S. 241.

<sup>984</sup> Droste, Bernadette S. 242.

Auskunft ersuchten Unternehmen und dem Nachrichtendienst in Unkenntnis des Betroffenen. Ein effektiver Rechtsschutz hiergegen ist daher nach beiden Systemen ausgeschlossen.

Die größte Gefahr ist in beiden Rechtsordnungen dieselbe: Der Einzelne kann gegenüber keinem Unternehmen - nicht einmal seiner Bank - persönliche Daten ohne die berechtigte Sorge preisgeben, dass diese Informationen für die Ermittlungen eines Nachrichtendienstes von Interesse sind und infolgedessen preisgegeben werden. Die Folge ist sowohl in Deutschland, als auch in den USA auf lange Sicht ein erheblicher Einschüchterungs- und Abschreckungseffekt beim Bürger. Es wird dem Einzelnen faktisch unmöglich gemacht, sich im alltäglichen Leben frei zu bewegen, da er täglich dazu angehalten wird, gegenüber den verschiedensten Unternehmen zur Wahrnehmung diverser Dienstleistungen persönliche Daten preiszugeben. Die Inanspruchnahme vieler Dienstleistungen ist auf einer verlässlich vertraulichen Basis nicht mehr möglich. Der Bewegungsspielraum im alltäglichen Leben wird damit erheblich eingeschränkt. Der Schutz der informationellen Privatsphäre zeigt sich hier als notwendiger Bestandteil einer effektiv geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit insgesamt.

### *f) Ergebnis des Vergleichs*

Die vier untersuchten Bereiche haben ausgewählte, repräsentative Herangehensweisen in der deutschen und amerikanischen Anti-Terrorismusgesetzgebung gezeigt, die allesamt mittelbar oder unmittelbar, gravierend oder weniger gravierend, die informationelle Privatsphäre einschränken.

Die strukturelle Veränderung der Sicherheitsarchitektur betreffend das Verhältnis zwischen strafverfolgungsbehördlicher und nachrichtendienstlicher Tätigkeit hat sich insbesondere in den USA als ausgeprägt erwiesen. Mittelbar und langfristig führt die Abschaffung des Trennungsgebotes hier zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Schutzes informationeller Privatsphäre durch die amerikanische Anti-Terrorismusgesetzgebung. In Deutschland hingegen wurde das Trennungsgebot weit weniger einschneidend beeinträchtigt, auch wenn infolge einer immer weiteren Vorverlagerung strafverfolgungsbehördlicher Tätigkeiten sowie einer Erweiterung des Aufgabengebietes insbesondere des BfV der Keim einer ähnlichen Tendenz erkennbar ist. Die Gefahr für die informationelle Privatsphäre ergibt sich hier jedoch - wie auch in den USA - jedenfalls aus einer Stärkung des Informationsaustausches zwischen

Strafverfolgungsbehörden und Nachrichtendiensten. Die Unterschiede, die sich in diesem Bereich zwischen dem gesetzgeberischen Ansatz in Deutschland und den USA zeigen, führen zwar zu einer unterschiedlichen Belastung der informationellen Privatsphäre, sind jedoch nicht auf das unterschiedliche grundrechtliche Schutzniveau zurückzuführen.<sup>985</sup> Die Abschaffung des Trennungsgebotes ist vielmehr eine grundsätzliche sicherheitspolitische Entscheidung, deren Tragweite die informationelle Privatsphäre notwendig erfasst. Die Abschaffung des Trennungsgebotes in den USA ist eine Folge der amerikanischen Herangehensweise an den Kampf gegen den internationalen Terrorismus im Gepräge eines War on Terror. Hierin liegt ein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem deutschen und den amerikanischen Ansatz im Kampf gegen den internationalen Terrorismus, der auf viele Bereiche eine erhebliche Ausstrahlungswirkung besitzt.<sup>986</sup>

Im Bereich der Erweiterung der Kompetenzen der Strafverfolgungsbehörden werden ebenfalls grundsätzliche Unterschiede zwischen der deutschen und der amerikanischen Herangehensweise im Rahmen der Anti-Terrorismusgesetzgebung deutlich. Der amerikanische Gesetzgeber führt eine pauschale Erweiterung der Kompetenzen der Polizei herbei und beschränkt diese Erweiterungen nicht auf die Ermittlung im Bereich der Terrorismuskriminalität. Der deutsche Gesetzgeber entschied sich hingegen, der Polizei keine grundsätzliche Kompetenzerweiterung zuzusprechen. Vielmehr geschieht eine Freigabe bereits bestehender Kompetenzen vermittels einer Erweiterung der Katalogtaten. Dies führt ebenfalls zwangsläufig zu einer unterschiedlichen Belastung der informationellen Privatsphäre. Auch diese unterschiedliche Belastung der informationellen Privatsphäre ist jedoch bei genauerer Betrachtung nicht das Ergebnis des höheren grundrechtlichen Schutzniveaus der informationellen Privatsphäre in Deutschland. Vielmehr spielen hier tatsächliche Unterschiede hinsichtlich der akuten Bedrohung nach dem 11. September 2001 in Deutschland und den USA eine entscheidende Rolle. Bei Hinzuziehung der gesetzgeberischen Änderungen im Rahmen der der RAF Gesetzgebung zeigt sich, dass die Möglichkeit der pauschalen Erweiterungen strafverfolgungsbehördlicher Kompetenzen insbesondere dann ergriffen wird, wenn sich bereits eine konkrete terroristische Gefahr in Form von Anschlägen verwirklicht hat. Dies war nach den Anschlägen vom 11. September 2001 in Deutschland nicht der Fall. Anders jedoch zur Zeit des deutschen Herbstes. Hiernach wurden auch im Rahmen der deutschen Anti-Terrorismusgesetzgebung pauschale Kompetenzerweiterungen

---

<sup>985</sup> Vgl. oben unter VI.C.3.a)(5).

<sup>986</sup> Vgl. oben unter VI.B.4.g)(5).

der Strafverfolgungsbehörden durchgeführt, die das Recht auf informationelle Privatsphäre direkt betrafen.<sup>987</sup> Als begrenzender Faktor ist insoweit einzig die damals weniger fortgeschrittene technologische Entwicklung anzusehen.

Die Änderungen im Ausländerrecht sowie die Einbindung Dritter in den Kampf gegen den internationalen Terrorismus zeigen trotz des unterschiedlichen grundrechtlichen Schutzes der informationellen Privatsphäre durchaus vergleichbare Tendenzen in der deutschen sowie in der amerikanischen Anti-Terrorismusgesetzgebung. Zum einen ist festzustellen, dass im Ausländerrecht eine umfassende Durchleuchtung einreisewilliger Personen mittlerweile in beiden Rechtsordnungen alltägliche Realität ist. Dies wird flankiert durch die Einbindung der Fluggesellschaften in Form des behördlichen Abgleich mit Passagierlisten. Zum anderen ist die Instrumentalisierung privater Unternehmen für die Zwecke nachrichtendienstlicher Ermittlungen sowohl in Deutschland als auch in den USA mittlerweile ein anerkanntes Mittel zur Terrorismusbekämpfung, welches durch das TBG II sowie durch den P. Act erheblich erweitert wird. In diesen beiden Bereichen steht die deutsche Anti-Terrorismusgesetzgebung hinsichtlich der Bedrohung des Rechts auf informationelle Privatsphäre der amerikanischen in nichts nach. Das unterschiedliche grundrechtliche Schutzniveau hinsichtlich der informationellen Privatsphäre schränkt den Gleichklang der grundsätzlichen methodischen Herangehensweise in Form einer umfassenden heimlichen Sammlung und Verwertung empfindlicher persönlicher Informationen von verdächtigen Zielpersonen in keiner Weise ein.

Bei einer vergleichenden Gesamtbetrachtung der untersuchten Bereiche zeigt sich damit aus grundrechtlicher Sicht folgendes Ergebnis: Die Bereiche der amerikanischen Anti-Terrorismusgesetzgebung, die eine vergleichsweise stärkere mittelbare oder unmittelbare Belastung der informationellen Privatsphäre zur Folge haben, beeinträchtigen diese nicht aufgrund des grundrechtlich vergleichsweise schwächeren Schutzes der informationellen Privatsphäre in den USA. Die verstärkten Beeinträchtigungen der Privatsphäre resultieren vielmehr zum einen aus der strukturellen Entscheidung der amerikanischen Regierung, dem Kampf gegen den internationalen Terrorismus ein Gepräge als War on Terror zu verleihen. Zum anderen ergibt sich die schwerwiegendere Belastung der informationellen Privatsphäre in den USA aus der konkreten akuten Bedrohungslage infolge der Anschläge des 11. September 2001. Diese hat in Deutschland nicht annähernd in gleichem Ausmaße bestanden. Die Ausprägung des Grundrechts auf informationelle Privatsphäre hat auf die

---

<sup>987</sup> Vgl. oben unter III.A.2.f).

Beeinträchtigung der informationellen Privatsphäre durch die Anti-Terrorismusgesetzgebung in Deutschland und den USA folglich allenfalls bedingt Einfluss.

## VI. Schlussbetrachtung

Nach den Anschlägen vom 11. September 2001 war die Welt für die USA nicht mehr dieselbe wie zuvor. Die Anschläge in das Herz der amerikanischen Metropole New York sowie in das Zentrum des amerikanischen Verteidigungsministeriums im Pentagon, stellten nicht nur Amerikas Sicherheitspolitik, sondern auch dessen Hegemonialstellung im Weltgefüge infrage. Diese Krise sorgte in den USA jedoch nicht nur für erhebliche materielle und immaterielle Schäden, sondern führte auch dazu, dass sich die Nation zur Bekämpfung der Urheber dieses Aktes roher Gewalt gegen das Herz des amerikanischen Weltbildes in selten dagewesener Einigkeit zusammenschloss. Unter der Führung *Bushs* entdeckten die Amerikaner den inneren Zusammenhalt, der in einem Volk bei der Fokussierung auf einen gemeinsamen Todfeind entstehen kann. Dieser Todfeind war die Terrororganisation namens Al-Qaida, welche unter der Führung *Osama Bin Ladens* für die Anschläge vom 11. September 2001 verantwortlich war. Die Mittel, mit denen dieser Feind bekämpft werden sollte, waren die äußersten. Es wurde unter der Führung der Amerikaner zunächst der Krieg gegen die Taliban in Afghanistan sowie später gegen *Saddam Hussein* im Irak begonnen. Beide Kriege stellen eine direkte Antwort auf die Anschläge vom 11. September 2001 dar und dauern noch heute an.<sup>988</sup>

Dieser War on Terror fand jedoch nicht nur im Ausland statt. Er wurde vielmehr durch die Anti-Terrorismusgesetzgebung mit Geltungsanspruch im Inland insbesondere in Form des P. Act sowie der M.O. nahtlos fortgesetzt.<sup>989</sup> Diese Prägung der amerikanischen Gesetzgebung, als Bestandteil eines Krieges gegen den internationalen Terrorismus, ist die zentrale, nachhaltige Auswirkung der amerikanischen Anti-Terrorismusgesetzgebung bis heute. Sie war nur möglich, weil sowohl die politische Klasse, als auch die Gesamtbevölkerung diese Antwort auf die Bedrohungen ausgehend von dem internationalen Terrorismus mitgetragen haben. Es herrschte ein überwältigender überparteilicher Willen, den War on Terror im Inland mittels des P. Act durchzusetzen. Dieser wurde im Repräsentantenhaus in der Folge mit 357

---

<sup>988</sup> Vgl. oben unter II. A. 5.

<sup>989</sup> *Chertoff, Michael, war v. crime: breaking the chains of old security paradigm in: Confronting Terror, Dean Reuter, John Yoo (Hrsg.) (Encounter Books, New York/London, 2011) S. 51 ff.*

zu 66 und im Senat mit 98 zu 1 Stimme und damit allenthalben mit einer überwältigenden Mehrheit beschlossen.<sup>990</sup>

In der vorliegenden Arbeit wurde dargelegt, dass sich die Terrorbekämpfung als War on Terror in den verschiedensten Regelungen der M.O. sowie des P. Act wiederfinden lässt und so den roten Faden darstellt, der die amerikanische Anti-Terrorismusgesetzgebung durchzieht. Dabei wurde der Schwerpunkt der Darstellung des P. Act unter II.B.3 gerade auf die Bereiche gelegt, welche das Recht auf Privatsphäre betreffen, um später insbesondere das Recht auf informationelle Privatsphäre in den Mittelpunkt der Betrachtung zu stellen.<sup>991</sup> Insgesamt zeigte sich ein Bild, welches sich durch die Verwischung der Grenzen zwischen der Kriminalitätsbekämpfung gegen einzelne Personen und der Kriegsführung gegen ausländische Staaten auszeichnet. Diese methodische Herangehensweise an den Kampf gegen den internationalen Terrorismus führte nicht nur dazu, dass durch die M.O. sogar auf amerikanischem Territorium faktisch Kriegsrecht zur Bekämpfung terroristischer Strömungen zur Anwendung gelangt.<sup>992</sup> Auch wurde durch die Abschaffung des Trennungsgebotes der Einsatz von Geheimdiensten gegen amerikanische Bürger zur Kriminalitätsbekämpfung etabliert. Dies wurde als erheblicher Angriff auf die Privatsphäre amerikanischer Bürger identifiziert.

Aus den Zielrichtungen der dargelegten methodischen Herangehensweise an den Kampf gegen den internationalen Terrorismus wird dabei von den Befürwortern des P. Act keineswegs ein Hehl gemacht. Dies zeigen die Ausführungen *Ashcrofts* zehn Jahre nach Verabschiedung des P. Act beispielhaft.

*„In the years leading up to 9/11, a system designed to separate law enforcement functions from intelligence and national security functions hampered America’s law enforcement efforts. The premise that law enforcement powers should be separated from intelligence gathering formed the basis of this system. [...] The Patriot Act dramatically reduced the devastating effects of seriously curtailed communications between intelligence and law enforcement officials.“*<sup>993</sup>

---

<sup>990</sup> *Ashcroft*. John D.; *Dinh*. Viet D. S. 193.

<sup>991</sup> Vgl. oben unter II.C.4.

<sup>992</sup> Vgl. oben unter II.B.4.g)(5).

<sup>993</sup> *Ashcroft*. John D.; *Dinh*. Viet D. S. 193, 194.

Die Aufhebung der Grenze zwischen Kriegsrecht und zivilem Recht wird auch von Befürwortern des P. Act nicht bestritten. Diese Entwicklung wird vielmehr als besonders fortschrittlich erachtet.

*„I follow a critique of the conventional, binary approach of viewing terrorism as either war or crime by sketching the outlines of a more holistic, full spectrum response to twenty-first-century security threats.“<sup>994</sup>*

Dies sind die tiefsten bleibenden Spuren der amerikanischen Anti-Terrorismusgesetzgebung nach dem 11. September 2001. Vorbilder für dieses Muster sind in der Geschichte amerikanischer Sicherheitsgesetzgebung gerade zu Zeiten der Internierung japanischstämmiger Amerikaner nach Pearl Harbors zu erkennen.

Der amerikanische War on Terror besitzt dabei eine erhebliche Ausstrahlungswirkung in die verschiedensten grundrechtlich geschützten Positionen amerikanischer Bürger. Ein besonders empfindlicher Bereich ist hierbei das Recht auf (informationelle) Privatsphäre. Dies hat die vorliegende Arbeit sowohl bei der Taxierung der Reichweite der Anti-Terrorismusgesetzgebung insgesamt<sup>995</sup>, als auch bei der Betrachtung des Rechtes auf informationelle Privatsphäre im Speziellen<sup>996</sup> gezeigt. Zu Zeiten der hochtechnisierten Arbeit von Strafverfolgungsbehörden und Geheimdiensten, sind die Auswirkungen besonders hinsichtlich des Rechts auf die informationelle Privatsphäre zu spüren. In diesem Bereich zeigen sich schwerwiegende Veränderungen durch den P. Act.

Wie dargestellt, resultieren die nachhaltigen Veränderungen in der sicherheitspolitischen Landschaft der Vereinigten Staaten insbesondere aus der Betrachtung der Terrorismusbekämpfung als einen Akt der Kriegsführung. Einen vergleichbaren Ansatz kann man in Deutschland weder in der RAF Gesetzgebung, noch in den beiden Gesetzgebungspaketen als Antwort auf den 11. September 2001 finden. Die nachhaltigen Veränderungen durch die deutsche Anti-Terrorismusgesetzgebung liegen im Vergleich zur amerikanischen mehr in punktuellen Änderungen des sicherheitspolitischen Gefüges. Sie sind dadurch jedoch nicht unbedingt weniger einschneidend als die Ausprägungen der amerikanischen Antwort auf den 11. September 2001.

---

<sup>994</sup> Chertoff, Michael S. 52 (wird in der Folge von Chertoff weiter ausgeführt).

<sup>995</sup> Vgl. oben unter IV.C.

<sup>996</sup> Vgl. oben unter VI.C.4.

Betrachtet man beispielsweise die tiefgreifenden gesetzgeberischen Eingriffe zu RAF Zeiten in das Vertrauensverhältnis zwischen Strafverteidiger und Beschuldigten oder die Möglichkeit der zeitweisen vollständigen Isolierung eines Beschuldigten infolge der Kontaktsperre, werden herausragende Spitzen deutscher Anti-Terrorismusgesetzgebung deutlich. Sie stellen als solche noch immer geltende Bestandteile der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland mit nachhaltigem Einfluss dar. Diese im Einzelnen bereits erörterten Punkte<sup>997</sup> sind jedoch nicht Teil eines großen gesetzgeberischen Aktes, welcher mit an den P. Act heranreichenden Umfang die Sicherheitsarchitektur in der Bundesrepublik hätte verändern können. Vielmehr wurden zu RAF Zeiten einzelne Befugnisserweiterungen geschaffen, welche konkret für eine Handhabe gegen diese spezielle national organisierte Terrorgruppe sorgen sollten. Damit stellt sich die hier verabschiedete besonders tief in die individuellen Freiheitsrechte eingreifende Anti-Terrorismusgesetzgebung in der Bundesrepublik als Maßnahme punktueller Veränderung dar, welche insgesamt einen überschaubaren Umfang besitzt. Parallelen zu den Herangehensweise im P. Act oder gar der M.O. sind in diesem Bereich der deutschen Anti-Terrorismusgesetzgebung kaum zu finden. Dies ergibt sich vor allem aus der Tatsache, dass die Gefahren ausgehend von der RAF primär im Inland und nicht im Ausland zu Tage traten.

Die Gesetzgebungspakete, welche in Deutschland im Anschluss an den 11. September 2001 in Form des TBG I und II verabschiedet wurden, sind hinsichtlich ihres operativen methodischen Ansatzes eher mit dem P. Act vergleichbar. Hier stehen ebenfalls die Herausforderungen im Vordergrund, welche durch das internationale Agieren moderner terroristischer Strukturen resultieren. Die frühe Erkennung terroristischer Aktivitäten im Ausland und die Aufdeckung sog. Schläfer im eigenen Lande mittels Befugnisserweiterungen der Geheimdienste sind auch für den deutschen Ansatz der Anti-Terrorismusgesetzgebung nach dem 11. September 2001 charakteristisch. Unter V.C.4. - insbesondere im Bereich der Einbindung Dritter sowie der Modifikationen im Ausländerrecht - wurde gezeigt, dass die methodischen Ansätze zur Bekämpfung dieses Gefahrenpools in Deutschland und Amerika ähnlich sind. Speziell in der Beeinträchtigung der informationellen Privatsphäre zeigt sich damit eine wesentliche Folgeerscheinung der deutschen Anti-Terrorismusgesetzgebung in Form des TBG I und II. Mithilfe umfassender Informationssammlung steht hier die eingehende Durchleuchtung Unverdächtiger im Mittelpunkt auch des deutschen Ansatzes zur Bekämpfung des international agierenden Terrorismus. Anders als in der amerikanischen

---

<sup>997</sup> Vgl. oben unter II. A.

Anti-Terrorismusbgesetzgebung ist die Beeinträchtigung der informationellen Privatsphäre jedoch nicht als Symptom eines weiter reichenden strukturellen Ansatzes der Anti-Terrorismusbgesetzgebung (Prägung des Kampfes gegen den internationalen Terrorismus als War on Terror) einzuordnen, sondern steht vielmehr als operativer methodischer Ansatz für sich alleine. Die Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Privatsphäre als bleibende Auswirkung des gesetzgeberischen Ansatzes zur Terrorismusbabwehr ist dabei ein nachwirkendes Resultat auch der deutschen Anti-Terrorismusbgesetzgebung.

## Literaturverzeichnis:

- Ackermann,* Heinrich, in: Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des DJT 1860-1960, Bd. I, S. 479.
- ACLU,* verschiedene Veröffentlichungen von der Homepage der American Civil Liberties Union ([www.aclu.org](http://www.aclu.org))
- Amelung,* Knut, Nochmals: § 34 StGB als öffentlichrechtliche Eingriffsnorm, NJW 1978, 623-624.
- Ashcroft,* John D.; *Dinh,* Viet D., Liberty, security, and the USA patriot act, in: Confronting Terror, Dean Reuter, John Yoo (Hrsg.) (Encounter Books, New York/London, 2011).
- Aust,* Stefan, Der Baader-Meinhof-Komplex (Goldmann Verlag, Hamburg, 1. Auflage der Neuauflage 2008).
- Aust,* Stefan; *Büchel,* Helmar, in: *DER SPIEGEL*, RAF-Serie (I) Der letzte Akt der Rebellion, 37/2007, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-52909294.html> (zuletzt besucht am 5.8.2013).
- Baker,* Stewart, Grand Jury Secrecy Rules Help the Terrorists, Wall Street Journal vom 5. Oktober 2001 S. A14.
- Baldus,* Manfred, Nachrichtendienste - Beobachtung völkerverständigungswidriger Bestrebungen, ZRP 2002, 400-404.
- Banks,* William C., AND THE WALL CAME TUMBLING DOWN: SECRET SURVEILLANCE AFTER THE TERROR, in: University of Miami Law Review (2003) 57 U. Miami L. Rev. 1152.

- Bazan,* Elizabeth B., Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act of 2004: “Lone Wolf” Amendment to the Foreign Intelligence Surveillance Act, CRS REP. NO. 22011 (Congressional Research Service, The Library of Congress, 29. Dezember 2004).
- Berger,* Raoul, Government by Judiciary (Liberty Fund, 1977)
- Berlin,* Isaiah, Four Essays on Liberty (Oxford Univ. Press, London u.a. 1969).
- Bernstein,* Richard, Trade Center Bombers Get Prison Terms of 240 Years, N.Y. Times vom 25. Mai 1994, S. A1.
- Bickel,* Alexander, The Least Dangerous Branch (Yale Univ. Press, New Haven, 2. Auflage 1986).
- Bickers,* John M., MILITARY COMMISSIONS ARE CONSTITUTIONALLY SOUND: A RESPONSE TO PROFESSORS KATYAL AND TRIBE, in: Texas Tech Law Review (2003) 34 Tex. Tech L. Rev. 899 - 939.
- Bork,* Robert H., Slouching toward Gomorrah (Harper Perennial, 2003).
- Böttcher,* Reinhard, in: Löwe/Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO, Großkommentar Band 10, Volker Erb (Hrsg.) (De Gruyter, Berlin, 26., neu bearbeitete Auflage 2010).
- Braun,* Stephen, Former FISA judge says secret court is flawed, auf: [www.cnsnews.com http://www.cnsnews.com/news/article/former-fisa-judge-says-secret-court-flawed](http://www.cnsnews.com/news/article/former-fisa-judge-says-secret-court-flawed) (zuletzt besucht am 2.8.2013).
- Brugger,* Winfried, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika (Mohr Siebeck, Tübingen, 1987).
- Brugger,* Winfried, Einführung in das öffentliche Recht der USA (C.H. Beck, München 2. Auflage 2001).

- Brugger.* Winfried, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre in den Vereinigten Staaten von Amerika, AöR 108 (1983) 25-67.
- Bull,* Hans Peter, Informationsrecht ohne informationskultur?, in: RDV 2008, 47; *Frenz.* Walter, Informationelle Selbstbestimmung im Spiegel des BVerfG, in: DVBl. 2009, 333.
- Calabresi,* Steven G., TEXTUALISM AND THE COUNTERMAJORITARIAN DIFFICULTY, in: George Washington Law Review (1998) 66 Geo. Wash. L. Rev. 1373.
- Cassara.* John A., Hide and Seek: Intelligence, Law Enforcement, and the Stalled War on Terrorist Finance (Potomac Books, 2007).
- Chang,* Nancy, Silencing Political Dissent. How Post-September 11 Anti-Terrorism Measures Threaten Our Civil Liberties (Seven Stories Press, 2002).
- Chemerinsky,* Erwin, Constitutional Law (Aspen Publishers, 3. Auflage 2009).
- Chertoff,* Michael, war v. crime: breaking the chains of old security paradigm in: Confronting Terror, Dean Reuter, John Yoo (Hrsg.) (Encounter Books, New York/London, 2011).
- Churchill,* Ward; *Wall,* Jim Vander, The COINTELPRO Papers: Documents from the FBI's secret wars against dissent in the Unites States (South End Press, 2. Auflage 2002).
- Clancy,* Thomas K., The Fourth Amendment: its history and interpretation (Carolina Academic Press, 2008).

- Clark,* Tom C., Vorwort in: Conrat, Maisie; Conrat, Richard, Executive Order 9066: The Internment of 110,000 Japanese Americans (The MIT Press, 1972).
- Cooley,* Thomas M., A treatise on the law of torts, or the wrongs which arise independently of contract, John Lewis (Hrsg.) (Callaghan & company, 2. Auflage 1888).
- Dahs,* Hans, Ausschließung und Überwachung des Strafverteidigers - Bilanz und Vorschau, NJW 1975, 1385.
- Dahs,* Hans, Das „Anti-Terroristen-Gesetz“ - eine Niederlage des Rechtsstaats, in: NJW 1976, 2145.
- Demski,* Ulf; *Ostendorf,* Heribert, Vom Kanzelparagraph zur Anleitung zu Straftaten - Der § 130a StGB - ein Paradebeispiel für ein politisch instrumentalisiertes Strafrecht, StV 1989, 30.
- Denninger,* Erhard, Freiheit durch Sicherheit? Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgesetz, in: StV 2002, 96.
- Denninger,* Erhard, Stellungnahme zur Anhörung vor dem Innenausschuss des BT am 30.11.2001 BT Drucks. 14/7386.
- Denninger,* Erhard, Die Trennung von Verfassungsschutz und Polizei und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, in: ZRP 1981, 231.
- DeWitt,* John L., Stellungnahme, House Naval Affairs Subcommittee to Investigate Congested Areas, Part 3, S. 739-40 (78th Cong ., 1st Sess. am 13. April 1943.), zitiert in *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).
- Donus,* Wolfgang, Ausschließung und Überwachung des Verteidigers im Strafverfahren (Diss. Tübingen 1978).

- Doyle,* Charles, The Posse Comitatus Act & Related Matters: The Use of the Military to Execute Civilian Law, CRS REP. NO. 95-964 (Congressional Research Service, The Library of Congress, 1. Juni 2000).
- Doyle,* Charles, The USA PATRIOT Act: A Legal Analysis, CRS REP. NO. RL31377 (Congressional Research Service, The Library of Congress, 15. April 2002).
- Doyle,* Charles, Terrorism: Section-by-Section Analysis of the USA PATRIOT Act, CRS REP. NO. RL31200 (Congressional Research Service, The Library of Congress, 10. Dezember 2001).
- Dreier,* Horst, in: *Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, Horst Dreier (Hrsg.) (Mohr Siebeck, Tübingen, 2. Auflage 2004).*
- Dripps,* Donald A., INEFFECTIVE ASSISTANCE OF COUNSEL: THE CASE FOR AN EX ANTE PARITY STANDARD, in: *Journal of Criminal Law and Criminology (1997) 88 J. Crim. L & Criminology 242.*
- Droste,* Bernadette, *Handbuch des Verfassungsschutzrechts (Boorberg Verlag, Stuttgart u.a., 2007).*
- Eberle,* Edward J., Dignity and liberty - constitutional visions in Germany and the United States (Praeger Publishers, Westport/Connecticut/London, 2002).
- Eberle,* Edward J., THE RIGHT TO INFORMATION SELF-DETERMINATION, in: *Utah Law Review (2001) 2001 Utah L. Rev. 965.*

- Elsea,* Jennifer K., Hamdan v. Rumsfeld: Military Commissions in the “Global War on Terrorism”, CRS REP. NO. RS22466 (Congressional Research Service, The Library of Congress, 6. Juli 2006).
- Elsea,* Jennifer K., The Military Commissions Act of 2006: Background and Proposed Amendments, CRS REP. NO. R40752 (Congressional Research Service, The Library of Congress, 11. August 2009).
- Elsea,* Jennifer K., Trying Terrorists as War Criminals, CRS REP. NO. RS21056 (Congressional Research Service, The Library of Congress, 29.10.2001).
- Emcke,* Carolin, Obamas Schande, in: DIE ZEIT Nr. 3/12 S. 11 ff.
- Enders,* Christoph, Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Band 4, §89, Detlef Merten, Hans-Jürgen Papier (Hrsg.) (C.F. Müller, Heidelberg, 2011).
- Erb,* Volker, in: Löwe/Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO, Großkommentar Band 5, Volker Erb (Hrsg.) (De Gruyter, Berlin, 26., neu bearbeitete Auflage 2008).
- Fischer,* Sebastian, Obama-Rede: Vermächtnis eines Drohnenkriegers, auf: Spiegel-Online, <http://www.spiegel.de/politik/ausland/us-praesident-obama-schraenkt-drohnenkrieg-ein-will-guantanamo-schliessen-a-901601.html> (zuletzt besucht am 2.8.2013)
- Fikentscher,* Wolfgang, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band 2 (Tübingen, Mohr Siebeck, 1975).
- Fitzpatrick,* Joan, JURISDICTION OF MILITARY COMMISSIONS AND THE AMBIGUOUS WAR ON TERRORISM, in: American Journal of International Law (2002) 96 Am. J. Int'l L. 345.

- Friedman,* Barry, The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five, in: Yale Law Journal (2002) 112 YALE L.J. 153.
- Glaberson,* William, Obama Orders Halt to Prosecutions at Guantánamo, in: New York Times vom 21.1.2009, [http://www.nytimes.com/2009/01/22/washington/22gitmo.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2009/01/22/washington/22gitmo.html?_r=0) (zuletzt besucht am 2.8.2013)
- Goldstein,* Robert Justin, Political Repression in modern America from 1870 to 1976 (University of Illinois Press, 2001), Einführung zu Erstauflage 1978.
- Groh,* Kathrin, Das Religionsprivileg des Vereinsgesetzes, in: KritV 2002, 39.
- Groß,* Karl-Heinz, Der erweiterte Verteidigerausschluß nach § 138 a II StPO - eine Fehlentscheidung des Gesetzgebers, in: NJW 1975, 422.
- Gusy,* Christoph, Grundrechtsschutz der Strafverteidigung, in: AnwBl 1979, 212.
- Gusy,* Christoph, Das verfassungsrechtliche Gebot der Trennung von Polizei und Nachrichtendiensten, in: ZRP 1987, 45.
- Gusy,* Christoph, 78. Sitzung des Innenausschusses vom 30.11. 2001 (Bandabschrift).
- Gusy,* Christoph, Grundrechte und Verfassungsschutz (VS-Verlag, Wiesbaden, 2011).
- Hailbronner,* Kay, 78. Sitzung des Innenausschusses vom 30.11.2001 (Bandabschrift).

- Harvard Law Review*, Notiz der Redaktion, RESPONDING TO TERRORISM: CRIME, PUNISHMENT, AND WAR, in: Harvard Law Review (2002) 115 Harv. L. Rev. 1217.
- Hay*, Peter, US-Amerikanisches Recht (C.H. Beck, München, 5. Auflage 2011).
- Herdegen*, Matthias, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Roman Herzog u.a. (Hrsg.) (München, C.H. Beck, 53. Auflage 2009).
- Herman*, Susan, The USA PATRIOT Act and the Submajoritarian Fourth Amendment, in: Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review (2006) 41 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 67.
- Herzog*, Roman; *Grzeszick*, Bernd, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Roman Herzog u.a. (Hrsg.) (München, C.H. Beck, 53. Auflage 2009).
- Hirner*, Thomas M., Der Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika (SCOTUS) JuS 5/2010, S. XLIV.
- Hoffmann*, Martin, Rote Armee Fraktion - Texte und Materialien zur Geschichte der RAF (Id-Verlag 1997).
- Hoffmann-Riem*, Wolfgang, Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft - Auf dem Weg zu einem neuen Konzept des Datenschutzes, in: AöR 123 (1998) S. 513.
- Huber*, Berthold, Das Bankgeheimnis der Nachrichtendienste - Zur Neuregelung der Auskunftersuchen der Nachrichtendienste durch das Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz vom 9. 1. 2007, in: NJW 2007, 881.

- Huber,* Bertold, Die Änderungen des Ausländer- und Asylrechts durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz, in: NVwZ 2002, 787.
- Isensee,* Josef, Verfassung ohne soziale Grundrechte. Ein Wesenszug des Grundgesetzes, in: Der Staat, Band 19 (1980) S. 367-384.
- Jaeger,* Paul T.; *Bertot,* John Carlo; *McClure,* Charles R., The Impact of the USA Patriot Act on Collection and Analysis of Personal Information under the Foreign Intelligence Surveillance ACT, Government Information Quarterly (2003) 20 GIQ 295.
- Johnston,* David, , U.S. Says Suspect Does Not Admit Role in Bombings or Ties to Saudi, N.Y. Times vom 18. August 1998, S. A7.
- Johnston,* Howard A., The Patriot Act and Civil Liberties: A Closer Look, <http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA449681> (zuletzt besucht am 2.2.2013).
- Kalven,* Harry, Privacy in Tort Law - Were Warren & Brandeis Wrong?, in: Law and contemporary problems (1966) 31 L. & Contemp. Probs. 326.
- Katyal,* Neal K.; *Tribe,* Laurence H., WAGING WAR, DECIDING GUILT: TRYING THE MILITARY TRIBUNALS, in: Yale Law Journal (2002) 111 Yale L.J. 1259.
- Katyal,* Neal K., Legislative Constitutional Interpretation, in: Duke Law Journal (2001) 50 DUKE L.J. 1335.
- Kellerhoff,* Sven Felix, Die Akten der Sowjets über Karl-Heinz Kurras, in: Die Welt, vom 26.5.2009, <http://www.welt.de/politik/article3807200/Die-Akten-der-Sowjets-ueber-Karl-Heinz-Kurras.html> (zuletzt besucht am 5.8.2013).

- Kendall,* Joe; *Barron,* Pamela O.; *Allenbaugh,* Mark H., THE DILIGENCE DUE IN THE ERA OF GLOBALIZED TERRORISM, in: International Lawyer (2002) 36 Int'l Law. 49.
- Kocientewski,* David, Suspect Is Still Being Sought in Trade Center Bomb Case, N.Y. Times vom 14. November 1997, S. B3.
- Krägeloh,* Wolfgang, Verbesserungen im Wiederaufnahmerecht durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts, in: NJW 1975, 137.
- Krauß,* Matthias, in: Leipziger Kommentar, Großkommentar Strafgesetzbuch, Band 5, Heinrich Wilhelm Laufhütte (Hrsg.) (De Gruyter, Berlin, 12. Auflage 2008).
- Krekeler,* Wilhelm, Strafverfahrensrecht und Terrorismus - Bewährung oder Niederlage des Rechtsstaates?, in: AnwBl. 1979, 212.
- Kühne,* Hans-Heiner, Strafprozessrecht (C.F. Müller, Heidelberg, 7. Auflage 2007)
- Kutscha,* Martin, Die Aktualität des Trennungsgebots für Polizei und Verfassungsschutz, in: ZRP 1986, 194.
- Lange,* Richard, Terrorismus kein Notstandsfall? - Zur Anwendung des StGB § 34 im öffentlichen Recht, in: NJW 1978, 784.
- Laufhütte,* Heinrich, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, Rolf Hannich (Hrsg.) (C.H. Beck, München, 6. Auflage 2008).
- Legett,* John C., in: *Berberoglu,* Berch (Hrsg.) Labor and Capital in the Age of Globalization: The Labor Process and the Changing Nature of Work in the Global Economy (Rowman & Littlefield, 2001).

- Lehrer,* Rudolf, UNBALANCING THE TERRORISTS' CHECKBOOK: ANALYSIS OF U.S. POLICY IN IST ECONOMIC WAR ON INTERNATIONAL TERRORISM, in: Tulane Journal of International and Comparative Law (2002) 10 Tul. J. Int'l & Comp. L. 333.
- Lepsius,* Oliver, Das Verhältnis von Sicherheit und Freiheitsrechten in der Bundesrepublik Deutschland nach dem 11. September 2001 (2004) <http://webdoc.gwdg.de/ebook/lf/2003/aicgs/publications/PDF/lepsius.pdf> (zuletzt besucht am 4.2.2013).
- Less,* Steven, Country Report on the USA, in: Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty? Walter/Vöneky/Röben/Schorkopf (Hrsg.) (Springer, Berlin/Heidelberg, 2004) S. 641.
- Levy,* Robert A., Does the Military Commission Act Apply to U.S. Citizens?, <http://www.cato.org/blog/does-military-commission-act-apply-us-citizens> (zuletzt besucht am 4.2.2013).
- Lewis,* Neil A., Detentions After Attacks Pass 1,000, U.S. Says, N.Y. Times vom 30. Oktober 2001, S. B1.
- Lieberman,* Joseph, Statement on Introduction of 9/11 Commission Extension vom 2. Februar 2004, [http://hsgac.senate.gov/public/index.cfm?FuseAction=Issues.View&Issue\\_id=7fc772f8-29e7-47e3-84fb-c23b5c8914c7](http://hsgac.senate.gov/public/index.cfm?FuseAction=Issues.View&Issue_id=7fc772f8-29e7-47e3-84fb-c23b5c8914c7) (zuletzt besucht am 4.2.2013).
- Lüderssen,* Klaus; *Jahn,* Matthias, in: Löwe/Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO, Großkommentar, Band 4, Volker Erb (Hrsg.) (De Gruyter, Berlin, 26., neu bearbeitete Auflage 2007).

- Lundmark,* Thomas, Power & Rights in US Constitutional Law (Oxford University Press, New York, 2. Auflage 2008).
- Lyon,* Paul, THE PRESIDENTIAL INTERNMENT POWER ESTABLISHED BY THE 1942 INTERNMENT OF AMERICANS SUSPECTED OF DISLOYALTY San Joaquin Agricultural Law Review (2003) 13 SJALR 23.
- Maclin,* Tracey, On amending the Fourth: Another Grave Threat to Liberty, in: National Law Journal, 12.11.2001.
- Maki,* Mitchell T.; *Kitano,* Harry H.; *Berthold,* S. Megan, Achieving the Impossible Dream: HOW JAPANESE AMERICANS OBTAINED REDRESS (University of Illinois Press 1999).
- Manson,* Alpheus, Brandeis: A Free Man's Life (William S Hein & Co; Neuauflage 2007, ursprünglich 1946).
- Marx,* Reinhard, Zu den ausländer- und asylrechtlichen Bestimmungen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes, in: ZAR 2002, 127.
- McCarthy,* Michael T., USA PATRIOT ACT, in: Harvard Journal on Legislation (2002) 39 Harv. J. on Legis. 435.
- Melf,* Franz, Westdeutscher Anti-Amerikanismus in den siebziger Jahren (GRIN Verlag, 2007).
- Middel,* Stefan, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung (Nomos, Berlin, 2007).
- Moltmann,* Günter, Deutscher Anti-Amerikanismus heute und früher, in: Franz Otmar (Hrsg.) Vom Sinn der Geschichte, (Stuttgart 1976)
- Möllers,* Christoph, in: Das entgrenzte Gericht (Suhrkamp, Berlin, 2011).

- Müller-Maguhn*, Andy, Das Fernmeldegeheimnis in der Hand der Exekutive. Der IMSI-Catcher zwischen Theorie und Praxis, in: Grundrechte-Report 2002, S. 144.
- Myers*, Steven Lee, U.S. Offers More Details on Attack in the Sudan, N.Y. Times vom 24. August 1998, S. A6.
- Nack*, Armin, Karlsruher Kommentar zur StPO, Rolf Hannich (Hrsg.) (C.H. Beck, München, 6. Auflage 2008).
- Nehm*, Kay, Das nachrichtendienstliche Trennungsgebot und die neue Sicherheitsarchitektur, in: NJW 2004, 3289.
- Nolte*, Martin, Die Anti-Terror-Pakete im Lichte des Verfassungsrechts, in: DVBl 2002, 573.
- Osher*, Steven A., PRIVACY, COMPUTERS AND THE PATRIOT ACT: THE FOURTH AMENDMENT ISN'T DEAD, BUT NO ONE WILL INSURE IT, in: Florida Law Review (2002) 54 Fla. L. Rev. 521.
- Patzak*, Jörn, in: Beck'scher Online-Kommentar StPO, Stand: 1.10.2012, Jürgen Peter Graf (Hrsg.) (C.H. Beck, München, 2012).
- Pejic*, Jelena, Terrorist Act and Groups: A Role for International Law?, in: British Yearbook of International Law (2004) 75 BYIL 71.
- Peters*, Butz, Tödlicher Irrtum: Die Geschichte der RAF (Deutsche Verlags-Anstalt, 1991).
- Pieroth*, Bodo; *Kingreen*, Thorsten, Das Verbot von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, in: NVwZ 2001, 841.

- Poscher,* Ralf, Vereinsverbote gegen Religionsgemeinschaften? - Die Abschaffung des Religionsprivilegs im Vereinsgesetz als Akt unbewußter symbolischer Gesetzgebung -, in: KritV 2002, 298.
- Postel,* Jonathan B., SIMPLE MAIL TRANSFER PROTOCOL, in Request for Comments (RFC) abrufbar unter <http://tools.ietf.org/html/rfc821> (zuletzt besucht am 6.8.2013).
- Pound,* Roscoe, zitiert in Manson, Alpheus, Brandeis: A Free Man's Life (William S Hein & Co; Neuauflage 2007, ursprünglich 1946) S. 70.
- Probst,* Robert, Der Mythos von der "Isolationsfolter" in Stammheim, auf [www.sueddeutsche.de](http://www.sueddeutsche.de), <http://www.sueddeutsche.de/politik/deutscher-herbst-tag-der-mythos-von-der-isolationsfolter-in-stammheim-1.326522> (zuletzt besucht am 14.8.2013).
- Rau,* Christian, Selbst entwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts (Duncker & Humblot, Berlin, 1996).
- Rau,* Markus, Country Report: Germany, in: Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty? Walter/Vöneky/Röben/Schorkopf (Hrsg.) (Springer, Berlin/Heidelberg, 2004) S. 311.
- Reibling,* Mark, The Wedge: The Secret War Between the FBI and CIA (Knopf, 1994).
- Remagen*
- Kemmerling,* Martina, Der Ausschluss des Strafverteidigers in Theorie und Praxis (Duncker & Humblot, Berlin, 1992).
- Rehnquist,* William H., The Supreme Court (Vintage, New York, 2002)

- Rieß,* Peter, Der Hauptinhalt des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG), in: NJW 1975, 81.
- Rieß,* Peter, in: Löwe/Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO, Großkommentar, Band 1, Peter Rieß (Hrsg.) (De Gruyter, Berlin, 23. Auflage 1999).
- Rissel,* Friedhelm, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, insbesondere in seiner Funktion als Verteidiger im Strafverfahren (Diss. Marburg (Lahn), 1980)
- Roewer,* Helmut, Trennung von Polizei und Verfassungsschutzbehörden, in: DVBl 1986, 205.
- Roewer,* Helmut, Geschichtlicher Nachtrag zur Kontroverse um die Trennung von Polizei und Verfassungsschutzbehörden, in: DVBl 1988, 666.
- Rohlf,* Dietwalt, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre - zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 2 Abs. 1 GG (Duncker & Humblot, Berlin, 1980).
- Romero,* Anthony D., Internet Terror Recruitment and Tradecraft: How Can We Address an Evolving Tool While Protecting Free Speech? in: House of Representatives Homeland Security Intelligence, Information Sharing and Terrorism Risk Assessment Testimony vom 26. Mai 2010, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-111hrg63091/html/CHRG-111hrg63091.htm> (zuletzt besucht am 5.2.2013).
- Rudolf,* Walter, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Band 4, § 90, Detlef Merten, Hans-Jürgen Papier (Hrsg.) (C.F. Müller, Heidelberg, 2011) S. 233.
- Rudolphi,* Hans-Joachim, Die Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus - Versuch einer kritischen Würdigung -, in: JA 1979, 1.

- Rudolphi,* Hans-Joachim, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 2, Jürgen Wolter (Hrsg.) (Heymann, Köln, 4. neu bearbeitete Auflage 2010).
- Saito,* Natsu T., Whose Liberty? Whose Security? The USA PATRIOT Act in the Context of COINTELPRO and the Unlawful Repression of Political Dissent, in: OREGON LAW REVIEW (2002) 81 Or. L. Rev. 1051.
- Sanger,* David E.; *O'Neil,* John, White House Begins New Effort to Defend Surveillance Program, The New York Times, Artikel vom 23.1.2006 [http://www.nytimes.com/2006/01/23/politics/23cnd-wiretap.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2006/01/23/politics/23cnd-wiretap.html?_r=0) (zuletzt besucht am 2.8.2013).
- Schäfer,* Jürgen, in: Münchener Kommentar zum StGB Band 3 (C.H. Beck, München, 2. Auflage 2012).
- Schäfer,* Karl, in: Löwe/Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO, Großkommentar, Band 1, Peter Rieß (Hrsg.) (De Gruyter, Berlin, 22. Auflage 1988).
- Schäfer,* Karl, in: Löwe/Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO, Großkommentar, Band 3, Volker Erb (Hrsg.) (De Gruyter, Berlin, 25. Auflage 2004).
- Schefer,* Markus, Konkretisierung von Grundrechten durch den U.S. Supreme Court (Duncker & Humblot, Berlin, 1997).
- Scheidle,* Christina, Asymmetrische Konflikte - Kapitulierte das humanitäre Völkerrecht vor neuen Formen der Gewalt?, in: HFR 2009, 220.
- Schlink,* Bernhard, Das Recht auf: Informationelle Selbstbestimmung, in: Der Staat 25 (1986) S. 233.

- Schmitt*, Bertram, in: Meyer-Goßner, Strafprozessordnung (C.H. Beck, München, 55., neu bearbeitete Auflage 2012).
- Schoreit*, Armin, Karlsruher Kommentar zur StPO, , Rolf Hannich (Hrsg.) (C.H. Beck, München, 6. Auflage 2008).
- Schwabe*, Jürgen, Zur Geltung von Rechtfertigungsgründen des StGB für Hoheitshandeln, in: NJW 1977, 1902.
- Schwartz*, Bernard, The New Right And The Constitution: Turning Back the Legal Clock (Northeastern, Boston, 1990).
- Schwind*, Hans-Dieter, Ursachen des Terrorismus in der Bundesrepublik Deutschland (De Gruyter, Berlin u.a., 1978).
- Shanham*, Jeffrey, CRACKS IN THE STRUCTURE: THE COMING BREAKDOWN OF THE LEVELS OF SCRUTINY, in: Ohio State Law Journal (1984) 45 Ohio St. L.J. 161.
- Solove*, Daniel J., Privacy, Information and Technology (Aspen, New York, 2006).
- Solove*, Daniel J., Information Privacy Law (Aspen, New York, 3. Auflage 2009).
- Steinmüller*, Wilhelm, Gutachten im Auftrag des BMI, BT-Drucks. 6/3826, S. 87 f.
- Stern*, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 4/1, Klaus Stern; Michael Sachs; Johannes Dietlein (Hrsg.) (C.H. Beck, München, 2006).
- Strossen*, Nadine, MAINTAINING HUMAN RIGHTS IN A TIME OF TERRORISM: A CASE STUDY IN THE VALUE OF LEGAL SCHOLARSHIP IN SHAPING LAW AND PUBLIC POLICY, in:

NEW YORK LAW SCHOOL LAW REVIEW (2003) 46 N.Y.L. Sch. L. Rev. 373.

- Strossen,* Nadine, Liberty, Problematic post-9/11 judicial inactivism: immunizing executive branch overreaching, in: *Confronting Terror*, Dean Reuter; John Yoo (Hrsg.) (Encounter Books, New York/London, 2011).
- Sturm,* Richard, Zum 14. Strafrechtsänderungsgesetz vom 22.4.1976 - Gewaltbekämpfung, in: *JZ* 1976, 347.
- Sultany,* Nimer, THE STATE OF PROGRESSIVE CONSTITUTIONAL THEORY: THE PARADOX OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AND THE PROJECT OF POLITICAL JUSTIFICATION, in: *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* (2012) 47 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 371.
- Sunstein,* Cass R., *One Case at a Time: Judicial Minimalism at the Supreme Court* (Harvard University Press, 2001).
- Swire,* Peter P., THE SYSTEM OF FOREIGN INTELLIGENCE SURVEILLANCE LAW, in: *George Washington Law Review* (2004) 72 *Geo. Wash. L. Rev.* 1306.
- Tams,* Christian J., Die Zuständigkeit des Bundes für die Abwehr terroristischer Gefahren - Anmerkungen zum neuen Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG, in: *DÖV* 2007, 367.
- Tenfelde,* Christopher, *Die Rote Armee Fraktion und die Strafjustiz. Anti-Terror-Gesetze und ihre Umsetzung am Beispiel des Stammheim-Prozesses* (Julius Jonscher Verlag, 2009).
- Trahan,* Jennifer, TRYING A BIN LADEN AND OTHERS: EVALUATING THE OPTIONS FOR TERRORIST TRIALS, in: *Houston Journal of International Law* (2002) 24 *Hous. J. Int'l L.* 475.

- Tushnet*, Mark, Taking the Constitution away from the Court (Princeton University Press 2000).
- Tribe*, Laurence H., American constitutional law (Foundation Press, Mineola/New York, 1978).
- Tribe*, Laurence H., Statement Before the Senate Judiciary Committee vom 4. Dezember 2001, [http://avalon.law.yale.edu/sept11/tribe\\_001.asp](http://avalon.law.yale.edu/sept11/tribe_001.asp) (zuletzt besucht am 5. 2. 2013).
- Trinkunas*, Harold, *Giraldo*, Jeanne, Terrorism Financing and State Responses: A Comparative Perspective Paperback (Stanford University Press, 2007).
- Trute*, Hans Heinrich, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, in: VVDStRL 57 (1998) S. 216.
- Vogel*, Hans-Jochen, Strafverfahrensrecht und Terrorismus, eine Bilanz, in: NJW 1978, 1217.
- Walen*, Alec; *Venzke*, Ingo, Unconstitutional Detention of Nonresident Aliens: Revisiting the Supreme Court's Treatment of the Law of War in Hamdi v. Rumsfeld, in: ZaÖRV 67 (2007) 843.
- Warren*, Samuel D.; *Brandeis*, Louis D., THE RIGHT TO PRIVACY, in: Harvard Law Review (1890) 4 Harv. L. Rev. 193.
- Weiser*, Benjamin, Bombing Defendant Said To Claim Coercion, N.Y. Times vom 5. September 1998, S. A4.
- Weiß*, Bettina, Der Kampf gegen den Terrorismus - Prävention durch Strafrecht?, in: JZ 2008, 388.

- Westin*, Alan F., Privacy and Freedom (The Bodley Head Ltd., 6. Auflage 1970).
- Wilgoren*, Jodi; *Wong*, Edward, On Doomed Flight, Passengers Vowed To Perish Fighting, N.Y. Times vom 13. September 2001, S. A1.
- Winkler*, Willi, Die Geschichte der RAF (Rowohlt, Hamburg, 3. Auflage 2010).
- Wohlers*, Wolfgang, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 3, Jürgen Wolter (Hrsg.) (Heymann, Köln, 4. neu bearbeitete Auflage 2010) § 138a StPO Rn. 1.
- Zuck*, Rüdiger, Anwaltsberuf und Bundesverfassungsgericht, in: NJW 1121.

## **Anhang: Ausgewählte Zusatzartikel der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika**

### 1. Zusatzartikel:

Der Kongress darf kein Gesetz erlassen, das die Einführung einer Staatsreligion zum Gegenstand hat, die freie Religionsausübung verbietet, die Rede- oder Pressefreiheit oder das Recht des Volkes einschränkt, sich friedlich zu versammeln und die Regierung durch Petition um Abstellung von Missständen zu ersuchen.

#### *1st Amendment:*

*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.*

### 4. Zusatzartikel:

Das Recht des Volkes auf Sicherheit der Person und der Wohnung, der Urkunden und des Eigentums, vor willkürlicher Durchsuchung, Verhaftung und Beschlagnahme darf nicht verletzt werden, und Haussuchungs- und Haftbefehle dürfen nur bei Vorliegen eines eidlich oder eidesstattlich erhärteten Rechtsgrundes ausgestellt werden und müssen die zu durchsuchende Örtlichkeit und die in Gewahrsam zu nehmenden Personen oder Gegenstände genau bezeichnen.

#### *4th Amendment*

*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*

### 5. Zusatzartikel:

Niemand darf wegen eines Kapitalverbrechens oder eines sonstigen schimpflichen Verbrechens zur Verantwortung gezogen werden, es sei denn auf Grund eines Antrages oder einer Anklage durch ein Großes Geschworenengericht. Hiervon ausgenommen sind Fälle, die sich bei den Land- oder Seestreitkräften oder bei der Miliz ereignen, wenn diese in Kriegszeit oder bei öffentlichem Notstand im aktiven Dienst stehen. Niemand darf wegen derselben Straftat zweimal durch ein Verfahren in Gefahr des Leibes und des Lebens gebracht werden. Niemand darf in einem Strafverfahren zur Aussage gegen sich selbst gezwungen noch des Lebens, der Freiheit oder des Eigentums ohne vorheriges ordentliches Gerichtsverfahren nach Recht und Gesetz beraubt werden. Privateigentum darf nicht ohne angemessene Entschädigung für öffentliche Zwecke eingezogen werden.

#### *5th Amendment:*

*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*

### 8. Zusatzartikel:

Übermäßige Bürgschaften dürfen nicht gefordert, übermäßige Geldstrafen nicht auferlegt und grausame oder ungewöhnliche Strafen nicht verhängt werden.

#### *8th Amendment:*

*In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.*

### 14. Zusatzartikel:

#### **Abschnitt I**

Alle Personen, die in den Vereinigten Staaten geboren oder eingebürgert sind und ihrer Gesetzeshoheit unterstehen, sind Bürger der Vereinigten Staaten und des Einzelstaates, in

dem sie ihren Wohnsitz haben. Keiner der Einzelstaaten darf Gesetze erlassen oder durchführen, die die Vorrechte oder Freiheiten von Bürgern der Vereinigten Staaten beschränken, und kein Staat darf irgend jemandem ohne ordentliches Gerichtsverfahren nach Recht und Gesetz Leben, Freiheit oder Eigentum nehmen oder irgend jemandem innerhalb seines Hoheitsbereiches den gleichen Schutz durch das Gesetz versagen.

#### Abschnitt 2

Die Abgeordnetenmandate werden auf die einzelnen Staaten im Verhältnis zu ihrer Einwohnerzahl verteilt, wobei in jedem Staat die Gesamtzahl aller Personen mit Ausnahme der nicht besteuerten Indianer zugrunde gelegt wird. Wenn aber das Wahlrecht bei irgendeiner Wahl zur Bestimmung der Wahlmänner für den Präsidenten und Vizepräsidenten der Vereinigten Staaten, der Abgeordneten im Kongress, der Verwaltungs- und Justizbeamten eines Einzelstaates oder der Mitglieder seiner gesetzgebenden Körperschaft irgendwelchen männlichen Einwohnern dieses Staates, die über einundzwanzig Jahre alt und Bürger der Vereinigten Staaten sind, abgesprochen oder irgendwie beschränkt wird, außer wenn dies wegen Teilnahme an einem Aufstand oder wegen eines sonstigen Verbrechens geschieht, so ist die Grundzahl für die Vertretung daselbst im selben Verhältnis zu vermindern, in dem die Zahl solcher männlichen Bürger zur Gesamtzahl der männlichen Bürger über einundzwanzig Jahre in diesem Staate steht.

#### Abschnitt 3

Niemand darf Senator oder Abgeordneter im Kongress oder Wahlmann für die Wahl des Präsidenten oder Vizepräsidenten sein, irgendein ziviles oder militärisches Amt im Dienste der Vereinigten Staaten oder eines Einzelstaates bekleiden, der, nachdem er als Mitglied des Kongresses oder als Beamter der Vereinigten Staaten oder als Mitglied der gesetzgebenden Körperschaft eines der Einzelstaaten oder als Verwaltungs- oder Justizbeamter in einem der Einzelstaaten auf die Einhaltung der Verfassung der Vereinigten Staaten vereidigt worden ist, an einem Aufstand oder Aufruhr gegen sie teilgenommen oder ihre Feinde unterstützt oder begünstigt hat. Doch kann der Kongress mit Zweidrittelmehrheit in jedem der beiden Häuser diese Amtsunfähigkeit aufheben.

#### Abschnitt 4

Die Rechtsgültigkeit der gesetzlich genehmigten Staatsschulden der Vereinigten Staaten mit Einschluss der Verpflichtungen, die aus der Zahlung von Pensionen und Sonderzuwendungen für Teilnahme an der Unterdrückung von Aufstand und Aufruhr erwachsen sind, darf nicht in Frage gestellt werden. Doch dürfen weder die Vereinigten Staaten noch irgendein Einzelstaat eine Schuld oder Verbindlichkeit übernehmen oder einlösen, die aus der Unterstützung eines Aufstands oder Aufruhrs gegen die Vereinigten Staaten erwachsen ist, oder irgendeinem Ersatzanspruch für den Verlust oder die Freilassung eines Sklaven stattgeben; vielmehr sind alle derartigen Schulden, Verbindlichkeiten und Ansprüche ungesetzlich und nichtig.

#### Abschnitt 5

Der Kongress ist befugt, die Bestimmungen dieses Zusatzartikels durch entsprechende Gesetze zur Durchführung zu bringen.

#### *14th Amendment:*

##### *Section 1*

*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United*

*States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*

*Section 2*

*Representatives shall be apportioned among the several States according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each State, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice President of the United States, Representatives in Congress, the Executive and Judicial officers of a State, or the members of the Legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such State, being twenty-one years of age, and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such State.*

*Section 3*

*No person shall be a Senator or Representative in Congress, or elector of President and Vice President, or hold any office, civil or military, under the United States, or under any State, who, having previously taken an oath, as a member of Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any State legislature, or as an executive or judicial officer of any State, to support the Constitution of the United States, shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability.*

*Section 4*

*The validity of the public debt of the United States, authorized by law, including debts incurred for payment of pensions and bounties for services in suppressing insurrection or rebellion, shall not be questioned. But neither the United States nor any State shall assume or pay any debt or obligation incurred in aid of insurrection or rebellion against the United States, or any claim for the loss or emancipation of any slave; but all such debts, obligations and claims shall be held illegal and void.*

*Section 5*

*The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.*