



Professor Dr. Ralf Poscher, Freiburg

Menschenwürde und Kernbereichsschutz

Von den Gefahren einer Verräumlichung des Grundrechtsdenkens

Die Menschenwürdegarantie richtet sich auf einen Achtungsanspruch, eine Relation, nicht auf die Abdichtung eines physischen oder idealen Raumes. Legt man dieses Verständnis zugrunde, so zeigt sich, dass heimliche Ermittlungsmaßnahmen verfassungsrechtlich durchaus zulässig sein können, die neuen Befugnisse des Bundeskriminalamtgesetzes einer Überprüfung aber zum Teil nicht standhalten.

S. 90

- HFR 7/2010 S. 1 -

1 I. Die dogmatische Herausforderung

Die neuen Formen des internationalen Terrorismus und der organisierten Kriminalität stellen den Schutz der inneren Sicherheit vor neue und gewaltige Aufgaben. Diese Herausforderung wird in der innenpolitischen Diskussion immer wieder betont und zur Rechtfertigung des Umbaus der Sicherheitsarchitektur und der Erweiterung polizeilicher und geheimdienstlicher Befugnisse herangezogen – wie zuletzt im Zusammenhang mit der Ausweitung der polizeilichen Befugnisse des Bundeskriminalamts (BKA).¹ Die Sicherheitsbehörden sollen mit Kompetenzen ausgestattet werden, die es ihnen erlauben, auf die neuen Gefahren angemessen zu reagieren. Wenn sich der internationale Terrorismus und die organisierte Kriminalität etwa moderner Datenverarbeitungstechniken und elektronischer Netzwerke bedienen, müssen die Sicherheitsdienste auch Zugriff auf diese Systeme erhalten, wenn sie den Gefahren weiterhin effektiv gegensteuern sollen. Trotz der Berechtigung von alternativen Vorschlägen zu und Kritik an einzelnen sicherheitspolitischen Maßnahmen hat der erste Bundesdatenschutzbeauftragte, Hans Peter Bull, jüngst zu Recht vor einer der Realität nicht angemessenen Fundamentalkritik in der Sicherheitspolitik gewarnt. Das schlichte „Nein!“ und der Hinweis auf eine bessere Sozial-, Außen- und Entwicklungspolitik sei allein kein konstruktiver Vorschlag, der der neuen Gefahrenlage angemessen wäre. Entsprechende Hinweise blieben die Antwort darauf schuldig, wie auf aktuelle Gefahren reagiert werden solle, die sich trotz der Sozial-, Außen- und Entwicklungspolitik – oder jedenfalls bis zu deren Erfüllung – einstellen.²

² Die Aufgabe des Verfassungsrechts in dieser Lage ist es nicht, ein kategorisches „Nein!“ auszusprechen. Die Aufgabe des Verfassungsrechts besteht vielmehr darin, Maßstäbe für die Sicherheitspolitik bereitzustellen, die gewährleisten, dass trotz der Handlungsnotwendigkeiten ein grundrechtlicher Freiraum und eine rechtsstaatliche sowie demokratische Kontrolle der Sicherheitsapparate gewährleistet bleiben. Doch diese Aufgabe ist keine einfache. Die traditionellen Eingriffs- und Kontrollmaßstäbe des Verfassungsrechts wie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit werden nicht zuletzt durch das extreme Ausmaß der Gefährdungen auf die Probe gestellt.³ Für eine mög-

¹ Bundeskriminalamtgesetz vom 7. 7. 1997 (BGBl. I S. 1650), geändert durch Artikel 1 des Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 25. 12. 2008 (BGBl. I S. 3083), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes zum Schengener Informationssystem der zweiten Generation vom 06.06.2009 (BGBl. I S. 1226).

² Bull Neue Gesellschaft Frankfurter Hefte 10/2008, 46 (48).

³ Trute, in: Gedächtnisschrift Jeand'Heur, 1999, S. 401 (408 – 410); Schulze Fielitz, in: Festschrift Schmitt Glaeser, 2003, S. 407 – 434; Enders VVDStRL 64 (2005), 7 (46 – 49); Volkman JZ 2006, 918 (919);

lichst effektive Vorsorge sind möglichst viele Informationen nicht nur geeignet, sondern zur Effektivitätssteigerung auch erforderlich, und wie sollte die bloße Erhebung, Speicherung und Verarbeitung von Informationen unangemessen sein, wenn es darum geht, Anschläge wie die vom 11. September, von Madrid und London oder noch schlimmere zu verhindern? Die Dynamik des Vorsorgegedankens, die den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu unterlaufen scheint, hat bereits zu der Forderung geführt, nicht nur die Verhältnismäßigkeit, sondern auch ihre Operationalisierbarkeit zum verfassungsrechtlichen Maßstab zu erheben. Vorsorgemaßnahmen sind danach „verfassungswidrig, nicht weil sie unverhältnismäßig, sondern weil sie stets verhältnismäßig sind“⁴.

S. 91

- HFR 7/2010 S. 2 -

- 3 Das BVerfG hat auf die dogmatische Herausforderung, die von den neuen Bedrohungen und den sicherheitspolitischen Reaktionen auf diese Bedrohungen ausgeht, mit einer beeindruckenden Reihe von mittlerweile mehr als einem Dutzend Entscheidungen zu fast allen neuen sicherheitsrechtlichen Instrumenten reagiert.⁵ Die Grundstruktur des von dem Gericht in diesen Entscheidungen entwickelten dogmatischen Rahmens zeigt im Wesentlichen drei Elemente: Zum einen hat das Gericht – ganz im Einklang mit vielen Stimmen in der Literatur –⁶ auf das Wegbrechen der materiellen Maßstäbe mit einer Kompensation⁷ durch verfahrensrechtliche Anforderungen reagiert. So hat es für besonders intensive Grundrechtseingriffe der Sicherheitsbehörden Richtervorbehalte gefordert,⁸ bei den heimlichen Maßnahmen Mitteilungspflichten verlangt⁹ und parlamentarische Berichtspflichten, die der Gesetzgeber eingeführt hat, verfassungsrechtlich gewürdigt¹⁰.
- 4 Doch das Gericht hat sich nicht auf verfahrensrechtliche Kompensationen beschränkt, sondern zum anderen auch relative und absolute materielle Schranken für sicherheitspolitische Maßnahmen statuiert. Die wohl spektakulärste dogmatische Innovation ist die Entwicklung des Rechts auf die Integrität des persönlichen Informationssystems¹¹ in der Entscheidung zur Online-Durchsuchung, mit der das Gericht einen neuen materiellen verfassungsrechtlichen Maßstab entwickelt hat. Relative Schranken ergeben sich ferner aus den unterschiedlichen Eingriffsschwellen, die das Gericht für Grundrechtseingriffe unterschiedlicher Intensität vorsieht.¹²
- 5 Schließlich hat das Gericht aber auch absolute Grenzen gezogen, die auch angesichts größter Gefährdungen nicht zur Disposition stehen. Zur Begründung dieser absoluten Grenzen hat es jeweils auf die Menschenwürdegarantie zurückgegriffen. Die insoweit spektakulärste Entscheidung, die zum Luftsicherheitsgesetz, erklärte das Abschießen von Passagiermaschinen auch dann für unzulässig, wenn diese wie bei den Terroranschlägen vom 11. September als fliegende Bomben eingesetzt werden. Für das Gericht schließt die Menschenwürdegarantie eine Verrechnung der Lebensspanne der tod-

Lepsius JURA 2006, 929 (931); allgemein zur Bedeutung des Übermaßverbots im Rahmen der Prävention Neumann, Vorsorge und Verhältnismäßigkeit, 1994.

⁴ Enders VVDStRL 64 (2005), 7 (47); vgl. auch ebd. S. 46: „Konsequente Vorsorge kennt keine festen Grenzen.“

⁵ Eine partielle Würdigung bei Erd KJ 2008, 118 – 133.

⁶ Trute, in: Gedächtnisschrift Jean d’Heur, 1999, S. 418 – 427; ders. DV 2003, 501 (521); Albers, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, S. 246 – 250, 334 – 347; Schulze Fielitz, in: Festschrift Schmitt Glaeser, 2008, S. 429 f.; Kutscha NVwZ 2003, 1296 (1297 f.); Schoch Der Staat 2004, 347 (367 f.); Middell, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, 2006, S. 356 – 359.

⁷ Allgemein zum Kompensationsgedanken im Recht Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, 1999.

⁸ BVerfGE 103, 21 (34); BVerfG NJW 2008, 822 (832).

⁹ BVerfGE 100, 313 (361).

¹⁰ BVerfGE 109, 279 (340).

¹¹ BVerfGE NJW 2008, 822 (824, Rn. 166 f.).

¹² Hierzu im Einzelnen Poscher DV 2008, 345.

geweihten Passagiere mit der Lebensspanne der potentiellen Opfer am Boden aus.¹³

S. 92

- HFR 7/2010 S. 3 -

6 II. Das Konzept des Kernbereichsschutzes

Den Hintergrund der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz bildete ein welt-historischer Einzel- und Extremfall. Von größerer praktischer Bedeutung für die neuen sicherheitspolitischen Maßnahmen – aktuell etwa für die neu in das BKA-Gesetz eingeführten heimlichen Maßnahmen – ist hingegen die andere absolute Grenze, für die das BVerfG ebenfalls die Menschenwürdegarantie herangezogen hat. In seiner Entscheidung zum Großen Lauschangriff hat das Gericht aus Art. 1 Abs. 1 GG einen absolut geschützten Kernbereich der privaten Lebensgestaltung abgeleitet. „Zur Entfaltung der Persönlichkeit im Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört die Möglichkeit, innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck zu bringen, und zwar ohne Angst, dass staatliche Stellen dies überwachen. Vom Schutz umfasst sind auch Gefühlsäußerungen, Äußerungen des unbewussten Erlebens sowie Ausdrucksformen der Sexualität.“¹⁴ Nicht zum Kernbereich gehören Inhalte, die einen nicht mehr nur höchstpersönlichen Sozialbezug aufweisen. Bereits in seiner Rechtsprechung zum Schutz von Tagebüchern hatte das Gericht daher Angaben zu konkreten Straftaten, die nicht nur innere Gefühle und Eindrücke wiedergeben, vom Kernbereichsschutz ausgeschlossen.¹⁵

7 Eine Missachtung des so bestimmten Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung ist nach Ansicht des BVerfG nicht nur im Grundsatz, sondern immer unzulässig. Das Gericht betont dabei ausdrücklich, dass, soweit der Kernbereich betroffen ist, auch kein Raum für eine Abwägung mit anderen Interessen besteht.

8 „Dieser Schutz darf nicht durch Abwägung ... nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes relativiert werden ... Zwar wird es stets Formen von besonders gravierender Kriminalität ... geben, die die Effektivität der Strafrechtspflege ... manchem gewichtiger erscheinen lässt als die Wahrung der menschlichen Würde des Beschuldigten. Eine solche Wertung ist dem Staat jedoch ... verwehrt.“¹⁶

9 Aus dem absoluten Schutz des Kernbereichs entwickelt das Gericht eine Reihe von Vorgaben für Überwachungsmaßnahmen, die ihrer Natur nach geeignet sind, in den Kernbereich einzudringen. Vordringlich sind Überwachungen zu unterlassen, wenn mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass der Kernbereich durch die Maßnahme verletzt würde.¹⁷ Dies gilt etwa für die akustische Überwachung von Gesprächen in Privatwohnungen mit Vertrauenspersonen, soweit keine Hinweise dafür vorliegen, dass sie sich auf konkrete Straftaten beziehen.¹⁸ Ist eine Überwachung danach nicht ausgeschlossen, ist sie zwar grundsätzlich zulässig, jedoch ist sicherzustellen, dass die größtmögliche Zurückhaltung gewahrt bleibt. Bei der Überwachung von Privatwohnungen kann es etwa erforderlich sein, auf eine automatische Überwachung zu verzichten, um eine jederzeitige Unterbrechung der Überwachung zu ermöglichen, sobald der Kernbereich berührt wird.¹⁹ Werden durch eine Maßnahme trotz der größtmöglichen Zurückhaltung Sachverhalte aus dem absolut geschützten Kernbereich

¹³ BVerfGE 115, 118 (158) = JZ 2006, 408 mit Anm. Starck; kritisch etwa Huster Merkur 2004, 1047 (1050); Hase DÖV 2006, 213 (218); Hillgruber JZ 2007, 209 (216 f.).

¹⁴ BVerfGE 109, 279 (314).

¹⁵ BVerfGE 80, 367 (375); daran anknüpfend dann BVerfGE 109, 279 (319); BVerfG NJW 2009, 2431 (2436 Rn. 90)

¹⁶ BVerfGE 109, 279 (314); s. bereits BVerfGE 34, 238 (245) = JZ 1973, 504 mit Anm. Arzt; 75, 369 (380) = JZ 1987, 1075; 80, 367 (374); 93, 266 (293) = JZ 1996, 360 mit Anm. Zuck zur Abwägungsfestigkeit des Menschenwürdekerns des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

¹⁷ BVerfGE 109, 279 (320).

¹⁸ BVerfGE 109, 279 (320).

¹⁹ BVerfGE 109, 279 (323, 328); dazu, dass sich mit dieser verfahrensrechtlichen Restriktion auch Effektivitätsgewinne verbinden können, Ruthig GA 2004, 587 (602), anhand empirischer Untersuchungen zu Abhörmaßnahmen in Kalifornien.

privater Lebensgestaltung erfasst, müssen Aufzeichnungen umgehend vernichtet werden. Jede Verwertung solcher Informationen ist ausgeschlossen.²⁰ Zudem muss die Einhaltung der Löschungspflichten und Verwertungsverbote dadurch sichergestellt werden, dass eine unabhängige Stelle über die Verwertbarkeit der erhobenen Daten entscheidet.²¹

S. 93

- HFR 7/2010 S. 4 -

10 III. Räumliche Modelle des Kernbereichsschutzes

Der Gedanke des absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung greift auf ein Sphärenmodell des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zurück, das auf einem verräumlichenden Bild beruht. Danach entfaltet sich die Persönlichkeit in drei konzentrisch angelegten Sphären: der Sozialsphäre, der Privatsphäre und der Intimsphäre. Die Sozialsphäre umfasst die Darstellung einer Person in der Öffentlichkeit²²; die Privatsphäre ihr Handeln in kommunikativen Zusammenhängen des Privatlebens, etwa in Freundschaften oder der Familie²³; die Intimsphäre schließlich betrifft die innere Gedankenwelt, wie sie sich etwa in vertraulichen Briefen oder Tagebuchaufzeichnungen, aber auch Gesprächen mit engsten Verwandten und Vertrauten äußert.²⁴ Während Eingriffe in die Sozial- und Privatsphäre nach der herkömmlichen Eingriffsdogmatik möglich sein sollen, konstituiert die Intimsphäre den Kernbereich der Persönlichkeit. Der Kern der Persönlichkeit findet sich im Zentrum des Sphärenbildes. Das BVerfG ordnet ihn der Menschenwürde zu und stattet ihn mit einem absoluten Schutz aus.

11 1. Beschränkung des Kernbereichsschutzes auf Wohnungen

Entsprechende räumliche Bilder wie das der Sphären oder das des absolut geschützten Kernbereichs verleiten dazu, nicht nur die Metapher, sondern auch das Grundrecht und den Grundrechtsschutz räumlich zu denken. In einer naturalistischen Übertragung der räumlichen Metapher wird der Kernbereich dann auf bestimmte Räume im physischen Sinne beschränkt. So wird zum Teil davon ausgegangen, dass der Kernbereich der Persönlichkeit eines räumlichen Substrats bedürfe, das grundsätzlich nur in Wohnungen gegeben sei.²⁵ Daher könnten Überwachungen außerhalb von Wohnungen

12 „den Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht berühren. Alles, was eine Person in der Öffentlichkeit sagt oder tut, gehört definitionsgemäß nicht in die private Sphäre der Zurückgezogenheit. ... dazu gehört auch das Treffen ... im Schutz der Dunkelheit, im Walde oder in einsamer Gegend. Immer handelt es sich um frei zugängliche Örtlichkeiten, die unvergleichbar sind mit der in Art. 13 GG besonders geschützten Wohnung“²⁶.

13 Auch in der Entscheidung des BVerfG zum Großen Lauschangriff ist davon die Rede, dass „die vertrauliche Kommunikation ein räumliches Substrat ... <benötigt> ... Das ist regelmäßig die Privatwohnung ... Die Privatwohnung ist als ‚letztes Refugium‘ ein Mittel

²⁰ BVerfGE 109, 279 (323, 328, 332 f.); 113, 348 (392); BVerfG NJW 2008, 822 (834).

²¹ BVerfGE 109, 279 (333); BVerfG NJW 2007, 2753 (2757 Rn. 65 f.).

²² BVerfGE 27, 1 (6 f.); 109, 279 (319 f.).

²³ BVerfGE 27, 1 (6 f.); 119, 1 (29 f.).

²⁴ Besonders deutlich bereits den absoluten Schutz eines Kernbereichs hervorhebend BVerfGE 27, 1 (6); 34, 238 (246); auch nach dem Volkszählungsurteil, BVerfGE 65, 1, in dem vielfach eine Abkehr von der Sphärentheorie gesehen wurde (s. Geis JZ 1991, 112 [113] m. w. N.), hielt das BVerfG an der Vorstellung eines absolut geschützten Kernbereichs der Persönlichkeit fest, s. etwa BVerfGE 80, 367 (374), wenn auch dessen restriktive Definition auf Kritik stieß (Geis a. a. O.).

²⁵ Gercke JR 2004, 347 (349); Starck NdsVBl. 2008, 145 (148); ähnlich BGH JR 2004, 345 (347); vgl. auch Löffelmann NJW 2005, 2033 (2034 f.), der für eine enge Auslegung des Kernbereiches unter Heranziehung „der ‚Art der zu überwachenden Räumlichkeiten‘ und dem ‚Verhältnis der zu überwachenden Personen zueinander‘“ plädiert.

²⁶ Starck NdsVBl. 2008, 145 (148).

zur Wahrung der Menschenwürde.“²⁷

- 14 Die Bindung des Kernbereichsschutzes an ein räumliches Substrat hat besondere Bedeutung für den Kernbereichsschutz gegenüber heimlichen Informationseingriffen jenseits des Großen Lauschangriffs. Auch beim Einsatz von Vertrauenspersonen und verdeckten Ermittlern sowie dem verdeckten Einsatz technischer Mittel außerhalb von Wohnungen, wie sie jetzt etwa auch dem BKA ermöglicht werden sollen,²⁸ können Kommunikationen beobachtet und erhoben werden, „die innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck bringen“.²⁹ Träfe die These zu, dass sich der Schutz des Kernbereichs auf die Wohnung beschränkt, so bedürfte es bei diesen verdeckten oder heimlichen Datenerhebungen keiner besonderen verfahrens- und materiellrechtlichen Sicherungen zum Schutz des Kernbereichs. So sehen denn auch die Neuregelungen des BKA-Gesetzes für eine Reihe heimlicher und verdeckter Eingriffe keine Sicherungen zum Kernbereichsschutz vor.³⁰

S. 94

- HFR 7/2010 S. 5 -

- 15 Grundsätzlich kann sich private Lebensgestaltung – besonders in ihren kommunikativen Bezügen – aber auch außerhalb von Wohnungen vollziehen.³¹ Sowohl personell als auch thematisch können auch Kommunikationen außerhalb von Wohnungen dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sein.³² Die vom BVerfG exemplarisch herangezogenen vertraulichen Gespräche zwischen Ehepartnern, engsten Verwandten und Vertrauten zu höchstpersönlichen Befindlichkeiten, Gefühlen und Erlebnissen, können auch in der Einsamkeit eines Waldspaziergangs oder in einem Kraftfahrzeug auf einer langen Autofahrt geführt werden. Manche höchstpersönliche Themen, auch solche des Intimbereichs, lassen sich unter Umständen auch gerade nicht in der Wohnung besprechen, weil dort die Privatsphäre gegenüber anderen Familienmitgliedern nicht gewahrt ist. Die Ehefrauen oder -männer, die sich mit der besten Freundin oder dem besten Freund über außereheliche Versuchungen oder Verfehlungen unterhalten, werden dies häufig nicht in der ehelichen Wohnung tun wollen oder auch nur können. Biographisch ergeben sich vergleichbare Situationen besonders für Jugendliche und Heranwachsende oder noch über keine eigene Wohnung verfügende Lehrlinge oder Studenten. Sozial werden besonders Menschen betroffen sein, die mit ihren Familien in räumlich beengten Verhältnissen leben. Noch weitergehend trifft dies für Menschen zu, die nicht über eine Wohnung verfügen. Eine Beschränkung des Würdeschutzes auf Kommunikationen innerhalb von Wohnungen schliesse alle diese Menschen von dem Schutz wichtiger Elemente ihrer höchstpersönlichen Lebensgestaltung aus.
- 16 Davon, dass die private Lebensgestaltung auch außerhalb von Wohnungen in den Kernbereich fallen kann, geht denn auch das BVerfG aus, wenn es den Kernbereichsschutz für Online-Durchsuchungen und Telekommunikationsüberwachungen fordert. Weder verlangt es für den absoluten Schutz von Kernbereichsdaten in persönlichen Informationssystemen, dass sich das Informationssystem in einer Wohnung befindet,³³ noch beschränkt es den Schutz des Kernbereichs bei Telefonüberwachungen auf Festnetzanschlüsse.³⁴ Ein Unterschied zwischen den höchstpersönlichen Lebensäußerungen in einer Wohnung, in Telekommunikation und in privaten Informationssystemen auf der

²⁷ BVerfGE 109, 279 (314).

²⁸ § 20 g Abs. 2 BKA-Gesetz; vgl. aber auch die entsprechenden Regelungen in den Polizeigesetzen der Länder, etwa §§ 17 – 20 nWPolG.

²⁹ BVerfGE 109, 279 (314).

³⁰ § 20 g BKA-Gesetz.

³¹ Ausführlich *Warntjen*, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2007, S. 79 ff.

³² So auch *Weißer* GA 2006, 148 (161 f.); *M. Baldus* JZ 2008, 218 (220).

³³ BVerfG NJW 2008, 822 (826).

³⁴ BVerfGE 113, 348 (390 ff.).

einen und in sonstigen Kontexten auf der anderen Seite könnte allenfalls darin gesehen werden, dass letztere entweder faktisch oder rechtlich weniger geschützt sind und das Vertrauen auf ihre Privatheit daher nicht denselben grundrechtlichen Schutz verdient.³⁵ Doch ist das privat gesprochene Wort auch außerhalb von Wohnungen sowohl faktisch als auch rechtlich vor Überwachungsmaßnahmen geschützt. Faktisch muss niemand damit rechnen, im Inneren seines Kraftfahrzeugs, an einem einsamen Strand, am Seeufer oder auf dem Waldspaziergang mit technischen Mitteln belauscht zu werden. Auch rechtlich kann er darauf vertrauen: Das Abhören des nicht-öffentlichen – im Sinn des nicht an eine Öffentlichkeit adressierten³⁶ – Wortes mit Abhörgeräten wird nach § 201 Abs. 2 Nr. 1 StGB mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren bestraft.

- 17 Das Ergebnis, nach dem der Kernbereichsschutz nicht in dem Sinn verräumt werden darf, dass er sich auf bestimmte physische Räume beschränkt, entspricht auch einzig seiner Ableitung aus der Menschenwürdegarantie.³⁷ Zwar weist die Menschenwürdegarantie auch einen Bezug zur Wohnungsfreiheit auf. Doch schützt nicht allein die Wohnungsfreiheit auch einen Menschenwürdekern. Die Menschenwürdegarantie ist vielmehr insoweit ein Querschnittsgrundrecht, als sie einen Achtungsanspruch vermittelt, der sich grundsätzlich auf alle Lebensbezüge erstreckt und nicht auf die Themen einzelner Grundrechte beschränkt ist. Dies gilt auch für den aus ihr abgeleiteten Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung. Die Menschenwürdegarantie schützt ihn, wo auch immer er sich entfaltet – nicht nur in der Wohnung.

S. 95

- HFR 7/2010 S. 6 -

- 18 Dass der Kernbereich grundsätzlich bei allen informationellen Eingriffen beachtet werden muss, besagt noch nichts darüber, wann der Gesetzgeber besondere verfahrensrechtliche Sicherungen vor Kernbereichsverletzungen vorsehen muss. Schließlich können auch bei traditionellen Durchsuchungen Kernbereichsdaten anfallen.³⁸ Verfahrensrechtliche Sicherungen wird der Gesetzgeber aber jedenfalls dann vorsehen müssen, wenn bei informationellen Eingriffen typischerweise damit zu rechnen ist, dass kernbereichsrelevante Daten erhoben werden. Dies dürfte besonders dann anzunehmen sein, wenn die Eingriffe verdeckt oder geheim und mit besonderen technischen Mitteln vorgenommen werden, die die üblichen sozialen und physischen Schutzmechanismen überwinden, die von den Betroffenen zur Wahrung ihres Kernbereichs eingesetzt werden.³⁹ So sind Regelungen zum Kernbereichsschutz für die Überwachung mit technischen Mitteln außerhalb von Wohnungen ebenso angezeigt wie für den Einsatz von Vertrauenspersonen und verdeckten Ermittlern.⁴⁰ Die entsprechenden Neuregelungen im BKA-Gesetz und in einigen Polizeigesetzen der Länder sind insoweit defizitär.⁴¹
- 19 Eine Frage der Legistik ist es schließlich, ob die verfahrensrechtlichen Sicherungen für jede Eingriffsform spezifisch ausgestaltet werden, wie dies im Entwurf des BKA-

³⁵ In diesem Sinn etwa *Starck* NdsVBl. 2008, 145 (148).

³⁶ *Graf*, in: MünchKommStGB, 2003, § 201 Rn. 13 m. w. N.

³⁷ So auch *Kutscha*, in: *Roggan/Kutscha* (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2. Aufl. 2006, S. 60 f.; *Petri*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, S. 838; *M. Baldus* JZ 2008, 218 (225).

³⁸ Vgl. etwa *BayObLG* NJW 1992, 2370 zur strafprozessualen Verwertbarkeit eines beschlagnahmten Briefes mit intimen Details eines Drogenkranken.

³⁹ Zur grundrechtlichen Bedeutung dieser Schutzmechanismen etwa *BVerfGE* 115, 166 (185 f.); *Hoffmann-Riem* JZ 2008, 1009 (1017).

⁴⁰ *M. Baldus* JZ 2008, 218 (225); a. A. betreffend die Vertrauenspersonen und verdeckten Ermittler *Kötter* DÖV 2005, 225 (229); *Starck* NdsVBl. 2008, 145 (148) erachtet bei diesen ein Verwertungsverbot für nötig, aber auch hinreichend.

⁴¹ § 20 g Abs. 2 Nr. 2, Nr. 4, Nr. 5 BKA-Gesetz; §§ 17 – 20 nwPolG; § 41 sächsPolG; § 36 thürPAG; eine ausdrückliche Regelung zum Kernbereichsschutz enthalten aber etwa § 35 Abs. 2, § 36 Abs. 4, § 36a Abs. 5 ndsPolG.

Gesetzes für einige heimliche Maßnahmen unternommen wurde.⁴² Angesichts der Vielzahl der Maßnahmen, die in neueren Kodifikationen des Polizeirechts typische Kernbereichsrelevanz aufweisen, bestünde eine Alternative darin, eine generelle Regelung des Kernbereichsschutzes vorzunehmen.⁴³ Ein – wenn auch ganz unvollkommener – Ansatz dazu findet sich etwa im Brandenburgischen Polizeigesetz.⁴⁴

S. 96

- HFR 7/2010 S. 7 -

20 2. Schutz eines ideellen Raums

Die Übersetzung der Metapher des Kernbereichs in den Schutz eines bestimmten physischen Raums ist nicht die einzige Form der Verräumlichung, die der Menschenwürdegarantie in diesem Kontext widerfährt. Nach einer verbreiteten Vorstellung wird der Menschenwürdeschutz des Kernbereichs zwar nicht mit dem Schutz eines physischen Raumes gleichgesetzt, aber der Kernbereichsschutz doch so verstanden, dass ein ideeller Raum, nämlich der ideelle Kern der Persönlichkeit, vor jedem Eindringen geschützt ist. Die Menschenwürdegarantie schützt diesen ideellen Raum gleichsam durch eine ideelle Grenze, die ihn gegenüber allen staatlichen Eingriffen abdichtet. Jedes Eindringen in diesen ideellen Raum bedeutet danach eine Menschenwürdeverletzung, so wie jedes Eindringen des Staates in die Wohnung eine Verletzung des Wohnungsgrundrechts bedeutete, wenn die Wohnung wie die Menschenwürde absolut geschützt wäre.

21 a) Widersprüche des Schutzkonzepts?

Wird die Menschenwürdegarantie in diesem Sinn verräumlicht, werfen die Entscheidungen des BVerfG Fragen auf. Bereits in der abweichenden Meinung der Richterinnen Jaeger und Hohmann-Dennhardt zum Großen Lauschangriff wird die Entscheidung des Senats dafür kritisiert, dass das entwickelte Kernbereichskonzept widersprüchlich sei.

22 „So lässt sich bei Privatwohnungen ... eine Situation vermuten, die dem höchstpersönlichen Bereich zuzuordnen ist. Gewissheit, ob dies zutrifft, bekommt man jedoch erst, wenn man die Abgeschlossenheit der Wohnung durchbricht und sich Kenntnis von dem verschafft, was in ihr passiert. Damit aber kann man schon in einen Bereich eingegriffen haben, der als intimer durch die eigenen vier Wände gerade absoluten Schutz erfahren soll. ... dies <hätte> also zur Folge, dass stets ein Eingriff in diesen Kernbereich zunächst hingenommen wird, was Art. 79 Abs. 3 GG gerade verhindern soll.“⁴⁵

23 In einer verräumlichten Konzeption des Menschenwürdeschutzes erscheint das Konzept der Entscheidung des Senats perplex: Erst wenn durch das Eindringen in den Kernbereich dessen Betroffenheit festgestellt wird, greifen Unterbrechungs- und Löschungspflichten sowie Verwertungsverbote. Der Vorwurf geht dahin, dass der Schutz der Menschenwürde in dem Kernbereichsschutzmodell des Senats erst nach ihrer Verletzung greift. Dass die Mehrheit des Senats das Schutzkonzept so anlegt, dass ein Eindringen in den Kernbereich gerade nicht ausgeschlossen ist, wird in der Entscheidung zur Telekommunikationsüberwachung nach dem Niedersächsischen Polizeigesetz jedoch noch einmal bestätigt.

24 „Da bei der Anordnung einer Telekommunikationsüberwachung oder bei ihrer Durchführung aber nicht sicher vorhersehbar ist, welchen Inhalt die Gespräche haben werden, ist das Risiko nicht auszuschließen, dass die Abhörmaßnahme

⁴² Der Entwurf enthält derartige Regelungen in § 16 Abs. 1a (Kleiner Lauschangriff), § 20h Abs. 5 (Großer Lauschangriff), § 20 I Abs. 6 (Überwachung der Telekommunikation) sowie in § 20k Abs. 7 (Online-Durchsuchung).

⁴³ *Roggan* NJ 2007, 199 – 203; auch für den strafprozessualen Bereich sieht *Wolter* GA 2007, 183 (198) eine Veranlassung, den Menschenwürdeschutz „vor die Klammer zu ziehen“.

⁴⁴ § 29 Abs. 6 Satz 1 bbgPolG sieht nur ein generelles Verbot der Erhebung von Kernbereichsdaten vor, aber keinerlei verfahrensrechtliche Sicherungen.

⁴⁵ Abweichende Meinung der Richterinnen *Jaeger* und *Hohmann-Dennhardt* in: *BVerfGE* 109, 382 (383 f.).

Kommunikation aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erfasst.“⁴⁶

S. 97

- HFR 7/2010 S. 8 -

- 25 Nach Ansicht des Gerichts sei dieses Risiko aber hinzunehmen, wenn eine Gefahr für ein Rechtsgut von hohem Rang bestehe und verfahrensrechtliche Sicherungen verhindern, dass Kommunikationsinhalte des höchstpersönlichen Bereichs gespeichert und verwertet werden.⁴⁷ Noch weiter geht dann die Entscheidung zur Online-Durchsuchung.
- 26 „Eine ... Überwachungsmaßnahme, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren kann, hat so weitgehend wie möglich sicherzustellen, dass Daten mit Kernbereichsbezug nicht erhoben werden. Ist es – wie bei dem heimlichen Zugriff auf ein informationstechnisches System – praktisch unvermeidbar, Informationen zur Kenntnis zu nehmen, bevor ihr Kernbereichsbezug bewertet werden kann, muss für hinreichenden Schutz in der Auswertungsphase gesorgt sein.“⁴⁸
- 27 Für die Online-Durchsuchung geht das Gericht sogar davon aus, dass ein Eindringen des Staates in den Kernbereich „praktisch unvermeidbar“ ist.⁴⁹
- 28 Den Entscheidungen des Gerichts liegt ein zweistufiges Schutzkonzept zu Grunde, das zwischen Erhebungs- und Auswertungsphase unterscheidet.⁵⁰ Grundsätzlich soll alles unternommen werden, um bereits in der Erhebungsphase die Kenntnisnahme von Kernbereichsdaten zu vermeiden. Der Schutz in der Erhebungsphase geht aber nicht so weit, dass die Erhebung kernbereichsbezogener Daten vollständig ausgeschlossen werden muss, sondern es nimmt die Erhebung von Kernbereichsdaten in bestimmten Fällen sogar als „praktisch unvermeidbar“ in Kauf. Hinsichtlich dieser Kernbereichsdaten soll dann der Schutz in der Auswertungsphase greifen. Wenn aber der Kernbereich, wie es seiner Ableitung aus der Menschenwürdegarantie zu entsprechen scheint, als ideeller Raum absolut geschützt ist, wie können dann Maßnahmen gerechtfertigt sein, bei denen ein Eindringen in den Kernbereich „praktisch unvermeidbar“ ist? Wie soll in der Auswertungsphase der absolute Schutz des Kernbereichs gewährleistet sein, wenn doch „eine ... Berührung der Menschenwürde ... bei Kenntnisnahme grundsätzlich gegeben“⁵¹ ist?
- 29 **b) Der absolute Schutz des Raumes**

Die Spannung zwischen dem absoluten Schutz des Kernbereichs und dem „unvermeidbaren“ Eindringen in den ideellen Raum des Höchstpersönlichen und Intimen kann nach zwei Richtungen hin aufgelöst werden. Die abweichende Meinung in der Entscheidung zum Großen Lauschangriff löst die Spannung zu Gunsten einer absoluten Abdichtung des Kernbereichs auf. Nach Ansicht der Richterinnen Jäger und Hohmann-Dennhardt ist „zur Wahrung der Menschenwürde ... deshalb jedenfalls für Privatwohnungen, in denen sich der Beschuldigte allein, mit Familienmitgliedern oder mit ersichtlich engen Vertrauten aufhält, zu unterstellen, dass sie umfassenden Schutz“⁵² genießen. In der Konsequenz dieser Position liegt es, auch die Überwachung von Telekommunikationen zwischen engsten Verwandten und Vertrauten sowie die Online-Durchsuchung wegen der mit ihnen „praktisch unvermeidbar“ verbundenen Eingriffe in den Kernbereich für verfassungswidrig zu erachten.⁵³ Wird die Spannung in diesem Sinn aufgelöst, würden den Sicherheitsbehörden mit der akustischen und optischen Wohnraumüberwachung, der Telekommunikationsüberwachung und der Online-Durchsuchung Ermittlungs-

⁴⁶ BVerfGE 113, 348 (392).

⁴⁷ Ebd.

⁴⁸ BVerfG NJW 2008, 822 (834, Rn. 277). Hervorhebung durch den Verf.

⁴⁹ Zustimmung T. Böckenförde JZ 2008, 925 (932).

⁵⁰ T. Böckenförde JZ 2008, 925 (932); Hoffmann-Riem JZ 2008, 1009 (1020 f.).

⁵¹ Hoffmann-Riem JZ 2008, 1009 (1020).

⁵² Abweichende Meinung der Richterinnen Jaeger und Hohmann-Dennhardt in: BVerfGE 109, 382 (383 f.); zustimmend O. Lepsius JURA 2005, 433 (439 f.).

⁵³ So etwa Kutscha LKV 2008, 481 (486).

instrumente wenn nicht genommen, so doch wesentlich beschnitten, die jedenfalls nach Ansicht des parlamentarischen Gesetzgebers für eine effektive Gefahrenabwehr wesentlich sind. Die Auflösung zu Gunsten der Absolutheit des Schutzes eines räumlich verstandenen Kernbereichs läuft dann auf ein weitgehendes verfassungsrechtliches „Nein!“ gegenüber der Wohnungsüberwachung, der Telekommunikationsüberwachung und der Online-Durchsuchung hinaus.

S. 98

- HFR 7/2010 S. 9 -

30 **c) Die Menschenwürde als Abwägungstopos**

In der Literatur wird die Spannung zum Teil aber auch zur anderen Richtung hin aufgelöst. Nach dieser Ansicht zeigten die Inkonsistenzen der Rechtsprechung, dass es absolut geschützte Rechte eben nicht geben könne – auch nicht im Fall der Menschenwürde. Der Rechtsprechung läge vielmehr schon bei der Definition des Kernbereichs, aber auch hinsichtlich des unvermeidbaren Eindringens in den Kernbereich eine Abwägung zwischen der Menschenwürde und den Sicherheitsinteressen des Staates zu Grunde.⁵⁴ Zu kritisieren seien nicht die Ausnahmen, sondern die unaufrichtige Proklamation der Abwägungsfestigkeit des Kernbereichsschutzes und mit ihm der Menschenwürdegarantie. Auf der Grundlage der vom Gericht nicht eingeräumten, aber vorgenommenen Abwägung sei es hingegen nur konsequent, bei entsprechend weitreichenden Sicherheitsinteressen Ausnahmen vom Kernbereichsschutz zuzulassen.

31 Diese Auflösung der Spannung hat ihre ganz eigene Sprengkraft. Sie setzt bei dem Kernbereichsschutz als einem spezifischen Ausfluss der Menschenwürdegarantie an und nutzt die vermeintlichen Inkonsistenzen in der Rechtsprechung, um die Absolutheit des Menschenwürdeschutzes insgesamt infrage zu stellen. Damit wäre dann anhand des Kernbereichsschutzes gezeigt, dass die Rechtsprechung die mittlerweile auch in der Literatur⁵⁵ angefochtene Absolutheit des Menschenwürdeschutzes⁵⁶ selbst nicht durchhält, sondern auch Art. 1 Abs. 1 GG einer Abwägung unterwirft. Anhand der Rechtsprechung zum Kernbereichsschutz soll die Menschenwürdegarantie insgesamt gegenüber Abwägungen mit staatlichen Sicherheitsinteressen geöffnet werden. Die einmal der Abwägung geöffnete Menschenwürdegarantie kann dann auch in anderen Konstellationen mit Sicherheitsinteressen abgewogen werden. Es geht um wesentlich mehr als um eine konsistente Deutung der Kernbereichsrechtsprechung; es geht um die Revision der Rechtsprechung zum Luftsicherheitsgesetz und letztlich auch um das Folterverbot. Wenn die Rechtsprechung zum Kernbereichsschutz zeigt, dass der Schutz der Menschenwürdegarantie der Abwägung mit Sicherheitsinteressen zugänglich ist, wird unverständlich, warum eine solche Abwägung im Fall des Luftsicherheitsgesetzes und der Folter grundsätzlich ausgeschlossen sein soll.

S. 99

- HFR 7/2010 S. 10 -

32 **IV. Kernbereichsschutz als Ausdruck der Achtung**

Zeigt die Analyse der Rechtsprechung zum Kernbereichsschutz also, dass es bereits zum Sündenfall gekommen ist? Hat sich die Rechtsprechung, die sich besonders in der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz noch heroisch gegen jede Relativierung der Menschenwürdegarantie auch unter Vorhaltung wahrer Weltuntergangsszenarien gestemmt hat, doch bereits klandestin von der Absolutheit des Menschenwürdeschutzes

⁵⁴ Schlehofer GA 1999, 357 (359); O. Lepsius JURA 2005, 433 (440); M. Baldus JZ 2008, 218 (224); kritisch zu dieser Lesart der Entscheidungen Classen DÖV 2009, 689 (691, 697 f.).

⁵⁵ Brugger Der Staat 1996, 67 – 97; M. Herdegen, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: 2005, Art. 1 Abs. 1 Rn. 45; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/ders., Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 1 Abs. 1 Rn. 79; H. Dreier, in: ders., Grundgesetz, 2. Aufl. 2006, Art. 1. Abs. 1 Rn. 133; M. Baldus, in: Verein Deutscher Verwaltungsgerichtstag e. V. (Hrsg.), Dokumentation 15. Deutscher Verwaltungsrichtertag 2007, 2007, 249 (259).

⁵⁶ Zur Absolutheit des Menschenwürdeschutzes Poscher JZ 2004, 756 – 762; ders., Menschenwürde im Staatsnotstand, in: Bahr/Heinig (Hrsg.), Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, 2006, S. 215 – 231.

verabschiedet?

33 **1. Die Menschenwürdegarantie als Achtungsanspruch**

Die Schwierigkeiten der Einordnung der Rechtsprechung zum Kernbereichsschutz in die Absolutheit der Menschenwürdegarantie beruhen auf einem tiefer liegenden Missverständnis des Menschenwürdeschutzes, das sich gerade auch in der Verräumlichung des Kernbereichsschutzes zeigt. Die Menschenwürdegarantie wird dabei nach dem Modell anderer Freiheitsrechte konzipiert. Danach ist das Schutzgut der Menschenwürdegarantie eine ideelle Substanz oder im Fall des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung ein ideeller Raum, der vor Verletzungen ebenso geschützt ist wie der Körper, das Leben oder die Wohnung. In diesem Sinn verletzt das Eindringen in den räumlich gedachten Kernbereich der Persönlichkeit die Menschenwürde, so wie das Eindringen des Staates in den Körper oder die Wohnung die entsprechenden Freiheitsrechte verletzt.

34 **a) Die Unverletzlichkeit der Menschenwürde**

Dass diese Vorstellung der Menschenwürdegarantie nicht zutreffen kann, zeigt aber bereits der Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 GG. Während die substantialisierenden und verräumlichenden Vorstellungen davon ausgehen, dass die Substanz der Menschenwürde im Fall des Kernbereichs durch das staatliche Eindringen in denselben verletzt wird, konstatiert Art. 1 Abs. 1 GG die Unantastbarkeit der Menschenwürde: „Die Würde des Menschen ist unantastbar.“ Dieser Satz ist wörtlich gemeint. Nach dem Grundgesetz kommt dem Menschen kraft seiner Gattungszugehörigkeit Würde zu, oder in den Worten des BVerfG: „Jeder besitzt sie, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status. Sie ist auch dem eigen, der aufgrund seines körperlichen oder geistigen Zustands nicht sinnhaft handeln kann.“⁵⁷ Keinem Angehörigen der Gattung Mensch kann die Würde beschnitten, beschränkt oder genommen werden – weder durch andere Menschen noch durch die Wechselfälle des Lebens oder der Natur.

35 Entgegen dem ersten Anschein kann die Menschenwürde daher auch nicht in der Art verletzt werden wie der Körper, das Leben, die Freiheit oder die Wohnung. Der Staat kann die körperliche Unversehrtheit nehmen – vor dem Schlagstockeinsatz hatten wir sie, danach sind wir versehrt. Der Staat kann sogar das Leben nehmen – vor dem finalen Rettungsschuss hatte der Geiselnnehmer eines, danach ist er tot.⁵⁸ Ebenso kann der Staat in unsere Wohnung eindringen und damit deren Privatheit zerstören, doch unsere Würde kann er weder schmälern noch beseitigen, nicht einmal antasten. Art. 1 Abs. 1 GG fordert die Unantastbarkeit der Menschenwürde nicht ein, sondern konstatiert sie.⁵⁹

S. 100

- HFR 7/2010 S. 11 -

36 **b) Der Achtungsanspruch**

Wenn es also nicht eine substanzhaft gedachte Würde ist, die der Staat verletzen kann, weil die Würde grundsätzlich unantastbar ist, was ist es dann, was die Menschenwürdegarantie schützt? Die Menschenwürdegarantie schützt keine Substanz und auch keinen Raum, sei er ideell oder physisch, sondern eine Relation, ein Verhältnis, eine Beziehung.⁶⁰ Sie schützt die Achtung, mit der der Staat dem Menschen aufgrund seiner Würde gegenüberzutreten soll. So heißt es auch beim BVerfG: „Verletzbar ist aber der

⁵⁷ BVerfGE 87, 209 (228); auch BVerfGE 96, 375 (399) = JZ 1998, 352, dazu Stürner JZ 1998, 317.

⁵⁸ Ausführlich zur Zulässigkeit des finalen Rettungsschusses *Rachor*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 4. Aufl. 2007, Kap. F Rn. 990 – 1024.

⁵⁹ *Schlehofer* GA 1999, 357 (359 f.), der zutreffend von einer normativen Zuschreibung spricht. Ebd. auch die Hinweise auf ein entsprechendes Verständnis der Menschenwürdegarantie im Parlamentarischen Rat.

⁶⁰ *H. Hofmann* AöR 1993, 353 (369 f.) unter Hinweis auf den Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 der Verfassung des Landes Brandenburg: „Jeder schuldet jedem die Anerkennung seiner Würde“.

Achtungsanspruch, der sich aus ihr ergibt.⁶¹ Dass die Menschenwürdegarantie eine Beziehung und keine Substanz oder einen Raum schützt, zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Menschenwürdegarantie nur durch Menschen verletzt werden kann. Mit Ein- oder Angriffen durch die nicht menschliche Natur verbindet sich keine Menschenwürdeproblematik. Der grausam verstümmelnde Angriff eines Löwen⁶² verletzt zwar die Gesundheit oder nimmt sogar das Leben, ist aber ebenso wenig ein Menschenwürdeproblem wie ein Erdbeben. Da der Achtungsanspruch, den die Menschenwürde zum Gegenstand hat, sich auf ein Verhältnis bezieht,⁶³ in das Menschen durch ihre Würde zueinander gestellt sind, kann sie nur durch Menschen beeinträchtigt werden. So kann eine gleichgültige Reaktion gegenüber den Erdbebenopfern deren aus der Würde fließenden Achtungsanspruch verletzen, nicht aber das Beben als solches oder die katastrophalen Entbehrungen, die es zur Folge hat.⁶⁴

37 **2. Achtungsanspruch und Kernbereich**

Was bedeutet diese Erinnerung an die Charakteristik der Menschenwürdegarantie nun für die Beurteilung der Rechtsprechung zum Kernbereichsschutz? Menschenwürdeverletzungen ergeben sich nicht bereits dadurch, dass der Staat eine bestimmte Substanz beeinträchtigt oder in einen bestimmten Raum eindringt. Im Extremfall kann der Staat einen Angreifer sogar töten, ohne dessen Würde zu verletzen. Gerade auch in einer tödlichen Auseinandersetzung mit ihm, kann er ihn – und sei es als Feind – achten.⁶⁵ Nur wenn in einer Substanzverletzung gerade die Missachtung der Würde zum Ausdruck kommt, liegt in der Substanz- auch eine Würdeverletzung. Die willkürliche staatliche Tötung, die Menschen wie Tiere behandelt, stellt daher nicht nur eine Verletzung des Lebensrechts, sondern auch der Würde dar. Ebenso liegt nicht in jedem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit eine Menschenwürdeverletzung. Geschieht sie jedoch im Rahmen der Folter, verletzt sie die Würde, weil sie gerade darauf gerichtet ist, die vernünftige Willensbildung und damit das zu negieren, was den Menschen als Gattung auszeichnet. Für die Folter ist die Missachtung der Würde konstitutiv. Deshalb ist sie auch unser Paradigma der Würdeverletzung.

- 38 So wie nicht jeder Eingriff in das Leben oder in die körperliche Unversehrtheit eine Menschenwürdeverletzung darstellt, so liegt auch nicht in jedem Fall eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG vor, in dem der Staat eines Inhalts gewahr wird, der dem Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zuzurechnen ist. Wie es jedem geschehen kann, dass er zufällig private oder auch intime Details etwa von Nachbarn wahrnimmt, die sich nicht bewusst sind, dass das Fenster zum gemeinsamen Garten offen steht, so kann es auch Amtsträgern gehen: dem Polizisten auf seinem Streifengang vor demselben Fenster; dem Förster in der Nähe dessen Hochsitzes sich ein Paar alleine wähnt; aber auch den Beamten, die die Wohnung des Drogenhändlers durchsuchen und dabei in den Schubladen auf intime Photographien des Betroffenen stoßen.

S. 101

- HFR 7/2009 S. 12 -

39 **a) Nicht-intendierte Eingriffsfolgen**

In entsprechende Situationen kommen Amtsträger naturgemäß eher und häufiger, wenn sie verdeckt oder heimlich Daten über Personen erheben. Zur Menschenwürdeverletzung kommt es aber erst, wenn zu der bloßen Wahrnehmung der Inhalte aus dem Kernbereich der privaten Lebensgestaltung noch die Missachtung der Würde

⁶¹ BVerfGE 87, 209 (228); auch BVerfGE 96, 375 (399); H. Dreier, in: *ders.* (Fn. 55), Art. 1 Rn. 131; H. Hofmann, in: *Schmidt-Bleibtreu*, Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl. 2008, Art. 1 Abs. 1 Rn. 7; Leibholz/Rinck, Grundgesetz, Stand 2008, Art. 1 Abs. 1 Rn. 8.

⁶² Schweidler ZfL 12 (2003), 2.

⁶³ Schweidler ZfL 12 (2003), 2 f.

⁶⁴ Zur geringeren Intensität der geforderten Bemühungen im Ausland, z. B. bei Hungerkatastrophen, H. Hofmann AöR 1993, 353 (365 f.).

⁶⁵ Dies wird verkannt, wenn das Leben als physische Voraussetzung der Würde mit dieser identifiziert wird, s. etwa Schlehofer GA 1999, 357 (363 f.).

hinzutritt. Dies ist nach der Rechtsprechung der Fall, wenn der Staat auf den Kernbereich zugreift, um Daten aus dem Kernbereich der privaten Lebensgestaltung für seine Zwecke zu nutzen. Der Staat zeigt damit, dass er alle Bereiche der Persönlichkeit instrumentalisiert und seinen Zwecken unterordnet. Der Betroffene wird zum „bloßen Mittel“. Nicht-intendierte Wahrnehmungen, die den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betreffen, müssen hingegen nicht notwendig Ausdruck einer Missachtung desselben und damit der Würde der Betroffenen sein.

- 40 Dies gilt grundsätzlich auch, wenn eine nicht-intendierte Folge in Kauf genommen wurde. Allgemein sehen wir in der Inkaufnahme auch schwerster Beeinträchtigungen nicht notwendig eine Missachtung der Betroffenen. So nehmen wir bei Zwangsimpfungen in Kauf, dass einige Menschen durch die Impfung zum Teil schwere Gesundheitsschäden erleiden. Wir sehen darin aber jedenfalls dann keine Verachtung für die Betroffenen, wenn wir Ausnahmeregelungen für Risikogruppen vorsehen⁶⁶ und trotzdem eingetretene Schädigungen so gut es geht kompensieren.⁶⁷ Die polizeirechtlichen Vorschriften über die Entschädigung Unbeteiligter bringen eine ähnliche Wertung zum Ausdruck⁶⁸. Bei nicht-intendierten Folgen von Eingriffsmaßnahmen kann die Achtung gegenüber den Betroffenen gerade durch die Ernsthaftigkeit der Anstrengungen zum Ausdruck gebracht werden, die nicht-intendierten Folgen zu vermeiden und in den dennoch auftretenden Fällen die Beeinträchtigungen des Betroffenen soweit als möglich zu begrenzen und – wo erforderlich – zu kompensieren.
- 41 Es ist eben diese Form der Achtung, die das BVerfG in seinen Entscheidungen zum Kernbereichsschutz einfordert. Die Achtung vor der Menschenwürde verlangt bei Eingriffen, bei denen ein Eindringen in den Kernbereich „praktisch unvermeidbar“ ist, dass das nicht-intendierte Eindringen soweit als möglich vermieden wird, trotz der Bemühungen erfolgende nicht-intendierte Kenntnisnahmen umgehend unterbrochen werden, anfallende Kernbereichsdaten sofort vernichtet und besonders in keinerlei Weise verwendet werden. Zudem verlangt die Achtung vor der Würde der Betroffenen eine Kontrolle der Erhebungs- und Verwertungsverbote durch eine unabhängige Stelle.⁶⁹
- 42 Man könnte nun versuchen, diese Wertung mit dem rigoristischen Standpunkt anzuzweifeln, dass die einzige Form, in der die Achtung vor der Menschenwürde bei Maßnahmen ausgedrückt werden kann, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu nicht-intendierten Wahrnehmungen aus dem Kernbereich führen, darin bestünde, die Eingriffe grundsätzlich zu unterlassen. Doch zum einen kann diese Wertung nicht allein mit der nicht-intendierten Betroffenheit des Kernbereichs begründet werden. Es müsste vielmehr gezeigt werden, inwiefern der Staat, der alles praktisch und technisch Mögliche unternimmt, den Kernbereich vor nicht-intendierten Wahrnehmungen zu schützen, der sich jede Verwertung versagt und zudem eine unabhängige Überwachung einrichtet, trotz dieser Anstrengungen seine Verachtung für die Betroffenen zum Ausdruck bringt. Zum anderen wäre es für eine solch rigorose Position jedenfalls nicht leicht zu erklären, warum dann nicht bereits die klassische Durchsuchung von privaten Wohnräumen unzulässig sein soll. Doch ganz unabhängig davon, ob eine solche Argumentation gelänge, kann dem BVerfG jedenfalls keine Inkonsistenz vorgeworfen werden. Was nach dem verräumlichten Kernbereichsschutzmodell als Widerspruch erscheint – dass die Rechtsprechung einerseits den Kernbereich absolut schützt, aber dann doch ein Eindringen des Staates in Kauf nimmt – betrifft bei einer Rückbesinnung auf die Menschenwürdegarantie als Achtungsanspruch lediglich die Wertungsfrage, wodurch bei Eingriffen, die das Potential nicht-intendierter Kernbereichswahrnehmungen bergen, die Achtung vor der Würde zum Ausdruck gebracht werden kann: Nur durch ein generelles Unterlassen des Eingriffs oder auch durch ein

⁶⁶ Vgl. § 20 Abs. 6 Satz 3 IfSchG; hierzu etwa *Stebner/Bothe* MedR 2003, 287 (287 f.).

⁶⁷ Grundlegend zu einem Aufopferungsanspruch wegen Impfschadens *BGHZ* 9, 83; heute § 60 IfSchG.

⁶⁸ Vgl. etwa Art. 70 Abs. 2 S. 1 bayPAG, § 59 Abs. 1 Nr. 2 berlASOG.

⁶⁹ *BVerfGE* 109, 279 (333).

komplexes verfahrensrechtliches Regime, das den Kernbereich soweit als möglich schon und besonders jede Verwertung von Kernbereichsdaten ausschließt.

- 43 Dass das BVerfG insoweit eine Position bezieht, die unsere Wertungen und Intuitionen sowie unsere sonstige Praxis hinsichtlich nicht-intendierter Eingriffsfolgen besser reflektiert als rigoristischere Standpunkte, sollten die vorstehenden Überlegungen zeigen. Wird die Menschenwürdegarantie von der Verräumlichung des Schutzkonzepts geläutert und der die Garantie ausmachende Achtungsanspruch wieder ins Zentrum gestellt, wird aber jedenfalls deutlich, dass sich mit der Position des Gerichts kein Widerspruch verbindet, der zu einer Aufgabe des Absolutheitsanspruchs der Menschenwürdegarantie zwingt. Das Konzept des Gerichts beruht nicht auf einer relativierenden Abwägung der Menschenwürde gegen staatliche Sicherheitsinteressen, sondern auf einem Urteil über das, was der aus der Menschenwürde folgende Achtungsanspruch gegenüber nicht-intendierten Folgen staatlichen Handelns gebietet.

S. 102

- HFR 7/2010 S. 13 -

44 **b) Die neuen Regelungen des BKA-Gesetzes**

Dass die Konzeption des BVerfG nicht auf einer Abwägung der Menschenwürde mit den staatlichen Sicherheitsinteressen beruht, zeigt sich nicht zuletzt auch daran, dass sie der Sicherheitspolitik auch dort Grenzen setzt, wo diese denkbar großen Bedrohungen gilt. Die neuen Befugnisse des BKA – etwa zur Online-Durchsuchung – können vor den Anforderungen des Kernbereichsschutzes nicht damit gerechtfertigt werden, dass sie mit der Abwehr des internationalen Terrorismus einem überragenden Sicherheitsinteresse dienen. Obwohl sie diesem überragenden Sicherheitsinteresse dienen, verfehlen sie vielmehr die verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Kernbereichsschutz sowohl auf der Erhebungs- als auch auf der Auswertungsebene.

- 45 In den Neuregelungen werden die Beschränkungen auf der Erhebungsebene nicht ernst genommen, wenn nach § 20k Abs. 7 und § 20l Abs. 6 BKA-Gesetz Erhebungen im Rahmen von Online-Durchsuchung und der Telekommunikationsüberwachung nur ausgeschlossen sein sollen, soweit absehbar „allein“ Kernbereichsdaten betroffen sind.⁷⁰ Die Voraussetzung, dass Kommunikationen oder Aufzeichnungen ausschließlich Kernbereichsdaten zum Gegenstand haben, ist realitätsfern. Kommunikationen oder Aufzeichnungen, die den Kernbereich betreffen, werden regelmäßig auch Alltägliches, Banales und Sonstiges zum Gegenstand haben. Noch unrealistischer ist es, dass reine Kernbereichskommunikationen oder -aufzeichnungen im Vorhinein als solche erkennbar sein müssen. So gefasst läuft der Kernbereichsschutz auf der ersten Stufe leer.⁷¹ Erhebungen müssen entgegen den Neuregelungen im BKA-Gesetz bereits dann unterbleiben oder unterbrochen werden, wenn überhaupt absehbar ist, dass der Kernbereich betroffen ist – wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich die Kommunikationen auch auf die Verabredung oder Planung konkreter strafbarer Handlungen beziehen⁷². Auch wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich die Kommunikationen auch auf die Verabredung oder Planung konkreter strafbarer Handlungen beziehen, ist die Erhebung von Kernbereichsdaten zu unterlassen, soweit dies operativ und technisch möglich ist.
- 46 Auf der Auswertungsebene soll die Kontrolle durch eine unabhängige Stelle⁷³ die organisatorische Trennung von bewertender und verwertender Stelle gewährleisten. Dies sichert das Verwertungsverbot in Bezug auf nicht-intendiert erhobene Kernbereichsdaten. Würden erhobene Daten in der Auswertungsphase durch die verwertende Behörde auf ihre Verwertbarkeit hin untersucht, ließe sich das einmal erlangte Wissen um die Kernbereichsdaten kaum noch für das nachfolgende Verfahren

⁷⁰ Ebenso § 100a Abs. 4 StPO; § 28a Abs. 2 saarlPoIG.

⁷¹ Hoffmann-Riem JZ 2008, 1009 (1020).

⁷² BVerfGE 113, 348 (391); BVerfG NJW 2009, 2431 (2436 Rn. 90).

⁷³ BVerfGE 109, 279 (333).

neutralisieren. Werden kernbereichsverdächtige Aufzeichnungen in der Auswertungsphase aber durch eine unabhängige Stelle auf ihre verfassungsrechtliche Verwertbarkeit hin überprüft, muss das bei der Überprüfung anfallende Wissen durch die organisatorische Trennung von grundrechtlicher Bewertung und operativer Verwertung nicht in das nachfolgende Verfahren der verwertenden Behörde einfließen. Die organisatorische Trennung nimmt den Kernbereichsschutz damit in einer Weise ernst, wie es bei einer Auswertung auch von Kernbereichsdaten durch die verwertende Behörde nicht möglich wäre. Nach der Regelung der Online-Durchsuchung in § 20k Abs. 7 BKA-Gesetz sind die erhobenen Daten jedoch „unter Sachleitung des anordnenden Gerichts ... unverzüglich vom Datenschutzbeauftragten des Bundeskriminalamtes und zwei weiteren Bediensteten des Bundeskriminalamtes ... auf kernbereichsrelevante Inhalte durchzusehen.“ Der bereits im Gesetzgebungsverfahren kontroversen und mehrfach geänderten Vorschrift liegt weiterhin die Vorstellung zu Grunde, dass Beamte des BKA zunächst auch kernbereichsrelevante Aufzeichnungen zur Kenntnis nehmen. Damit findet aber gerade keine Trennung zwischen der den Kernbereichsgehalt bewertenden unabhängigen Stelle und der operativ verwertenden Behörde statt.⁷⁴ Der Kernbereichsschutz droht zur Farce zu geraten, wenn von den Ermittlern des BKA verlangt wird, ihr bei der grundrechtlichen Bewertung der Aufzeichnungen erlangtes Wissen über Sachverhalte des Kernbereichs nicht in ihre Ermittlungen einfließen zu lassen. Auch hier wird der Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht dadurch missachtet, dass die Beamten überhaupt Kenntnis von Kernbereichsdaten erlangen. Vielmehr liegt die Missachtung darin, dass das Verwertungsverbot durch die Mitarbeit operativ tätiger Beamter an der Kontrolle desselben weitgehend sinnentleert wird. Die in § 20k Abs. 7 BKAGesetz n. F. gewählte Ausgestaltung der unabhängigen Kontrolle in der Auswertungsphase nimmt das für den Kernbereichsschutz in dieser zweiten Phase zentrale Verwertungsverbot nicht ausreichend ernst.

S. 103

- HFR 5/2010 S. 14 -

47 V. Resümee

Von Bildern kann eine große suggestive Kraft ausgehen. Dies gilt auch von ihren sprachlichen Verwandten, den Metaphern. So ist die Metapher von einem Kernbereich der privaten Lebensgestaltung geeignet, einen komplexen psychologischen und sozialen Befund auf einen Begriff zu bringen und grundrechtsdogmatische Aufmerksamkeit zu binden.⁷⁵ Doch sollte sich die Dogmatik von den Bildern nicht verleiten lassen, sie unbesehen in Konstruktionen zu überführen. Der aus der Menschenwürdegarantie abgeleitete Kernbereichsschutz gilt nicht der Abdichtung eines physischen oder ideellen Raums, sondern der Achtung vor bestimmten Lebensäußerungen von hoher Relevanz für die psychologische und soziale Integrität eines Grundträgers, in welchen Räumen auch immer sie sich ereignen. Die Rückführung des Kernbereichsschutzes auf diesen absoluten Achtungsanspruch vermeidet sowohl eine Verengung des Schutzes auf Wohnräume als auch seine Übersteigerung, die auf ein weitgehendes „Nein!“ des Verfassungsrechts gegenüber geheimen und verdeckten Informationserhebungen der Sicherheitsbehörden hinauslaufen würde. Vor allem verhindert die Rückbesinnung auf den Achtungsanspruch aber, dass die Rechtsprechung, die auf der Folie eines verräumlichten Menschwürdeverständnisses inkonsistent erscheinen muss, als Kronzeuge für die Demontage des absoluten Schutzes der Menschenwürde herangezogen werden kann. Bei der Rechtsprechung zum Kernbereichsschutz handelt es sich um einen konsistenten Baustein im Rahmen einer insgesamt beachtlichen

⁷⁴ Darin unterscheidet sich die Regelung auch von § 100c Abs. 7 StPO, der jedenfalls verfassungskonform so verstanden werden kann, dass die Staatsanwaltschaft nur darüber entscheidet, ob es sich überhaupt um einen Abhörvorgang handelt, bei dem kernbereichsrelevante Daten angefallen sein könnten, die Auswertung im positiven Fall aber allein bei dem Gericht liegt. Diese Regelung ist in einer Kammerentscheidung des BVerfG für verfassungskonform erachtet worden, *BVerfG NJW 2007, 2753 (2757 Rn. 65)*; in einem Verfahren vor dem zweiten Senat steht die Regelung erneut auf dem Prüfstand: *BVerfG vom 15. 10. 2008 – 2 BvR 236/08*.

⁷⁵ Die heuristische Funktion der räumlichen Metapher betont *Hufen JuS 2010, 1 (3)*.

dogmatischen Leistung des Gerichts, die dazu beiträgt, grundrechtliche Freiheit und rechtsstaatliche Kontrolle in einem für die verfassungsrechtliche Dogmatik schwierigen Umfeld zu sichern.

Zitierempfehlung: Ralf Poscher, HFR 2010, S. 90 ff.