

Cordelia Koch

Freiheitsbeschränkung in Raten?

**Biometrische Merkmale und das Ter-
rorismusbekämpfungsgesetz**

HSFK-Report 5/2002



**Hessische
Stiftung
Friedens- und
Konfliktforschung**

© Hessische Stiftung Friedens- und Konfliktforschung (HSFK)

Adresse der Autorin:

HSFK · Leimenrode 29 · 60322 Frankfurt am Main

Telefon: (069) 95 91 04-0 · Fax: (069) 55 84 81

E-Mail: koch@hsfk.de · Internet: <http://www.hsfk.de>

ISBN: 3-933293-60-X

€ 6,-

Zusammenfassung

Als Konsequenz der Terroranschläge in den Vereinigten Staaten von Amerika am 11. September 2001 wurden auch in der Bundesrepublik Deutschland eine große Zahl von Sicherheitsgesetzen geändert. Dieser Report beschäftigt sich mit den Änderungen des Passgesetzes, wie sie Artikel 7 des Gesetzes zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (kurz: Terrorismusbekämpfungsgesetz) vornahm. Einige grundsätzliche Fragen drängen sich auf: Was haben deutsche Pässe mit der Terrorismusbekämpfung zu tun? Sind etwa alle Deutschen potenzielle „internationale Terroristen“? Oder sind die deutschen Pässe so leicht zu fälschen, dass sich internationale Terroristen mit deutschen Pässen tarnen?

Explizit zumindest, stellt Artikel 7 TerrorbekG keinen Zusammenhang zwischen der Passgesetzänderung und der Terrorismusbekämpfung her. In sicherheitspolitischer Hinsicht enthält Artikel 7 „nur“ einen politischen Richtungswechsel im Sinne der Aufnahme weiterer biometrischer Merkmale in den Pass. Weil Artikel 7 deren Aufnahme nur ankündigt und die Umsetzung dieser rein politischen Entscheidung einem zukünftigen Gesetz überlässt, ist Artikel 7 jedenfalls nicht kurzfristig zur Terrorismusbekämpfung geeignet. Aber auch die Art und Weise, wie langfristig die Erfassung biometrischer Merkmale der Bekämpfung des internationalen Terrorismus dienen soll, geht nicht ausdrücklich aus Artikel 7 TerrorbekG – genauso wenig aus der Gesetzesbegründung zu Artikel 7 – hervor. Das bedeutet allerdings nicht, dass kein Zusammenhang hergestellt werden kann. Biometrische Merkmale sind (möglichst) einzigartige Körpermerkmale, die durch ein spezielles Verfahren in einen Datensatz übersetzt werden. Indem Artikel 7 TerrorbekG die Nutzung beziehungsweise die Verwendung der Daten nicht unmissverständlich definiert, stehen verschiedene Möglichkeiten im Raum, wie die Erfassung weiterer biometrischer Merkmale der Terrorismusbekämpfung dienen könnte. Einerseits können diese Daten mit anderen Dateien, zum Beispiel des Verfassungsschutzes, abgeglichen werden. Wird die Vermessung des Gesichts als biometrisches Merkmal ausgewählt, könnte darüber hinaus Videomaterial etwa von Demonstrationen „besser“ ausgewertet werden. Andererseits, so scheint jedenfalls die Argumentation zu sein, vermindern biometrische Merkmale im Pass das Fälschungsrisiko. Durch das Herausfiltern gefälschter Pässe wiederum könne man Terroristen überführen. Es ist aber nun so, dass schon heute – ohne die Erfassung eines weiteren biometrischen Merkmals – nahezu kein Fälschungsrisiko besteht. Die hohen Kosten, welche sich bei der Umsetzung dieser sicherheitspolitischen Entscheidung ergeben werden, stehen deshalb in keinem Verhältnis zu dem angestrebten Sicherheitserfolg. Außerdem richtet sich die Hauptkritik an diesem Gesetz gerade dagegen, dass die Nutzungs- und Verwendungsmöglichkeiten nicht eindeutig definiert wurden. Denn unabhängig von der Frage, ob die Daten aus den biometrischen Merkmalen zur Terrorismusbekämpfung verwendet werden können, stellt ihre Nutzung/Verwendung eine erhebliche Gefahr für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Dieses Grundrecht schützt den Einzelnen vor der unbegrenzten Speicherung, Nutzung und Verwendung von persönlichen Daten. Damit will das Grundrecht die freie Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit der Staatsbürger vor staatlicher Kontrolle und Überwachung schützen.

Die Bedeutung des Grundrechts geht dabei über den Schutz des Einzelnen hinaus, weil das Funktionieren der Demokratie in elementarer Weise von der Autonomie der Staatsbürger abhängig ist. Die Tatsache, dass kein eindeutiger Verwendungszweck für die Daten aus den biometrischen Merkmalen definiert wurde, bedeutet nun aber, dass das Ausmaß, in dem das Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen ist, noch nicht erkennbar ist. Dies lässt eine Freiheitsbeschränkung in Raten vermuten, während die politische Entscheidung zur Aufnahme weiterer biometrischer Merkmale in den Pass schon Gesetzeskraft erlangt hat! Bereits hierin zeigt sich, dass Artikel 7 keine situationsbedingte Balance für das grundlegende Dilemma jeder Demokratie gefunden hat, die gleichermaßen Sicherheit und Freiheit für ihr Funktionieren benötigt. Auf der inhaltlichen Ebene zeigt sich darüber hinaus, dass sowohl die Sicherheitsmaßnahme als auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung den Gefährdungsbereich betreffen und damit einer Verletzung des jeweiligen Rechtsgutes vorbeugen wollen. Während die Erfassung biometrischer Merkmale im Pass einer Vorverlagerung der Eingriffsschwelle für staatliches Handeln (von der hinreichend wahrscheinlichen zur nur möglichen Gefahr) entspricht, ist der Gesetzgeber mit Artikel 7 TerrorbekG seiner verfassungsmäßigen Handlungspflicht im Hinblick auf die Verhinderung einer Verletzung des Datenschutzes nicht nachgekommen. Artikel 7 stellt also insgesamt eine einseitig sicherheitspolitisch orientierte Entscheidung dar.

Auch die formal-rechtlichen Argumente stützen diesen Befund. Das Gesetzgebungsverfahren wurde in solcher Eile durchgeführt, dass eine Öffentlichkeit, Kritik und Legitimität ermöglichende Diskussion nicht stattfinden konnte. Vor allem aber wurde das Instrument „Gesetz“ des Bundestages zu rein politischen Zwecken „missbraucht“. Grundsätzlich sollte der Bundestag zwar nicht auf den rechtlichen Aspekt der Gesetzgebung reduziert werden. Doch wäre ein schlichter Parlamentsbeschluss im Gegensatz zu der Wahl des Gesetzes allein deshalb die geeignete Form gewesen, weil die Erfassung biometrischer Merkmale schon aus technischen Gründen gegenwärtig noch nicht möglich ist. Es liegen keine ausreichenden Erkenntnisse auch nur über die Tauglichkeit eines konkreten Merkmals zur Identitätsfeststellung vor. Schwerwiegende Probleme würden sich auch durch die Zurückweisung Berechtigter und die Zulassung Nichtberechtigter ergeben. Insgesamt zeigen die biometrischen Verfahren gravierende Sicherheitsprobleme auf, die schon den Minimalzweck der zweifelsfreien Identifikation des Passinhabers in Frage stellen.

Weshalb also die hektische Streichung des alten § 16 Absatz 1 Satz 1 PassG, der ein Verbot hinsichtlich der Erfassung weiterer biometrischer Merkmale im Pass (Fingerabdruck) enthielt? Weshalb also die gleichzeitige Feststellung eines politischen Richtungswechsels im Rahmen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes? Sowohl die inhaltliche als auch die formal-rechtliche Analyse des Artikel 7 TerrorbekG sprechen dafür, dass sich mit dem 11. September 2001 und dem Terrorismusbekämpfungsgesetz schlicht eine gute Gelegenheit für diesen politischen Richtungswechsel bot. Nicht zuletzt, weil dieser Richtungswechsel auf die Betonung etwaiger Sicherheitsinteressen vor den Freiheitsrechten zeigt, ist Artikel 7 TerrorbekG vielleicht gerade wegen seiner rechtlichen Natur politisch höchst bedenklich.

Es wird in diesem Report deshalb grundsätzlich dafür plädiert, das angekündigte Gesetz nicht zu verabschieden und damit die Entscheidung zur Aufnahme biometrischer Merkmale in den Pass nicht weiterzuführen. Sollte dies doch geschehen, müssen die datenschutzrechtlichen Absicherungen im Vordergrund des Interesses stehen, weil Sicherheit zu erreichen kein Selbstzweck ist in einer Demokratie, die auf der Autonomie ihrer Bürger fußt. Schließlich sollte der Bundestag nicht eilfertig Sicherheitsgesetze verabschieden, die eine Gefährdung der Bürgerrechte bedeuten, von den Gerichten gegenüber den Individuen aber erst bei ihrer Verletzung geschützt werden. Dies geht schon aus der Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung aus Artikel 20 Absatz 3 GG hervor, die neben Sicherheitsargumenten auch Freiheitsgewährleistungen enthält. Darüber hinaus unterscheidet sich eine Demokratie von anderen Staatsformen gerade durch die Gewährleistung von Freiheitsrechten, die staatliche Tätigkeit begrenzen. Die Autonomie der Staatsbürger durch Gesetze zu verwirklichen ist schließlich in einer repräsentativen Demokratie Aufgabe des Bundestages, so dass der Beachtung der Freiheit ein besonderes Gewicht zukommt. Insgesamt sollte der Bundestag die Gesetzeszwecke offen legen und damit einer breiten Diskussion in der Öffentlichkeit Raum geben, um die Legitimität der Gesetze, damit die Demokratie und auch schlussendlich nicht den Rechtsfrieden zu gefährden.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	1
2. Sicherheit und Freiheit im demokratischen Verfassungsstaat	3
3. Gegenstand und Gang der Untersuchung	5
4. Biometrische Merkmale im Pass und Terrorismusbekämpfung	7
4.1. Die Grundsatzentscheidung zur Aufnahme biometrischer Merkmale	8
4.2. Der Zweck biometrischer Merkmale und die Terrorismusbekämpfung	11
4.2.1. Der Unterschied zwischen „verwenden“ und „nutzen“ in der Terrorismusbekämpfung	11
4.2.2. Eine politische Willenserklärung zur Terrorismusbekämpfung	14
5. Biometrische Merkmale und innere Sicherheit	16
5.1. Der Terrorismus bedroht die innere Sicherheit	16
5.2. Die innere Sicherheit in der Verfassung	19
5.2.1. Die staatsphilosophische Begründung der staatlichen Handlungspflicht	20
5.2.2. Die Schutzpflicht des Staates aus dem Recht auf Leben	21
5.3. Die Schwächen biometrischer Verfahren und ihr Sicherheitserfolg	22
6. Biometrische Merkmale und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	26
6.1. Die Nichtumsetzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung	27
6.2. Die Gesetzesqualität zwingt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu beachten	29
6.2.1. Artikel 7 TerrorbekG erfüllt die formalen Anforderungen an Gesetze	30
6.2.2. Das rechtliche Element eines Gesetzes ist in Artikel 7 nur schwach ausgeprägt	30
6.2.3. Die Legitimität des Artikel 7 steht in Frage	33
6.2.4. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist als Grenze und Rechtfertigungsmaßstab zu beachten	35
6.3. Die Kritik an den Folgen des Urteils	35

7. Einseitigkeit ist nicht durch die Situation zu begründen	37
7.1. Das Ungleichgewicht zwischen exekutiver Sicherheitsgewährleistung und judikativem Freiheitsschutz	37
7.2. Der Gesetzgeber muss Freiheit und Sicherheit gleichzeitig regeln	39
8. Schlussbetrachtung und Empfehlungen	42
Anlage	47

1. Einleitung

Die Anschläge von New York und Washington am 11. September 2001 führten in weiten Teilen der Welt zu neuen Sicherheitsgesetzen und Sicherheitsmaßnahmen. In der Bundesrepublik Deutschland waren dies die „Sicherheitspakete I und II“, alias „Otto-Kataloge“, deren zweiter Band als „Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus“, kurz „Terrorismusbekämpfungsgesetz“¹ verabschiedet wurde. Durch dieses Gesetzespaket wurde eine große Zahl von Sicherheitsgesetzen² geändert, die sich zwar damit begründen, nicht aber damit rechtfertigen lassen, dass „die terroristische Bedrohung weltweit eine neue Dimension erreicht“³ habe. Erforderlich ist, sie an ihren freiheitsbeschränkenden Nebenwirkungen zu messen.

Zumal bisher noch keine juristischen Untersuchungen zu diesem Aspekt vorliegen, beschränkt sich der vorliegende Report auf die durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz⁴ vorgenommenen Änderungen des Passgesetzes im Hinblick auf die Erfassung weiterer⁵ biometrischer Merkmale im Pass⁶ (Artikel 7 TerrorbekG⁷). Was ist nun das Besondere an den biometrischen Merkmalen? Biometrische Merkmale sind spezielle Körpermerkmale, die durch ein biometrisches Verfahren bestimmten natürlichen Personen zugeordnet werden.⁸

„Im Kern funktionieren alle biometrischen Methoden nach demselben Prinzip: Ein Sensor, etwa eine Videokamera oder ein Fingerabdruck-Scanner, liest ein Körpermerkmal ein. Aus dem digitalisierten Bild (...) gewinnt ein Computerprogramm bestimmte Charakteristika und reduziert das Körpermerkmal letztlich auf einen Zahlenwert. Nur dieser Wert und

- 1 Am 30. November 2001 brachte die Bundesregierung das „Terrorismusbekämpfungsgesetz“ (BT-Drucks. 14/7727) in den Bundestag ein, dessen Text und Begründung gleichlautend war mit dem von den Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN schon vorher eingebrachten „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz, BT-Drucks. 14/7386 [neu]). Nachdem der Innenausschuss des Bundestages am 12. Dezember 2001 eine Beschlussempfehlung zur Annahme des Gesetzentwurfes in der Ausschussfassung abgab, erfolgte die Empfehlung entsprechende Verabschiedung in der 209. Sitzung des Bundestages am 14. Dezember 2001. Der Bundesrat stimmte diesem Gesetz am 20. Dezember zu. Es trat jedoch erst nach einer Änderung vom 9. Januar 2002 zum 1. Januar 2002 rückwirkend (!) in Kraft. Die Änderungen betrafen nicht den Gegenstand des Reports, so dass diese Problematik hier unberücksichtigt bleiben kann.
- 2 Vgl. Berthold Meyer, Im Spannungsfeld zwischen Sicherheit und Freiheit, Frankfurt/M., HSKF-Standpunkte, Nr. 1, 2002.
- 3 Terrorbekämpfungsgesetz, Begründung, Erster Teil (A. Anlass und Zielsetzungen des Gesetzes), S. 35.
- 4 Im Text abgekürzt durch TerrorbekG. Es handelt sich hierbei nicht um eine offizielle Abkürzung.
- 5 Auch die Unterschrift und das Foto sind biometrische Merkmale.
- 6 Alle Ausführungen beziehen sich gleichermaßen auf das Personalausweisgesetz, weil die Änderungen des Artikel 8 TerrorbekG an diesem Gesetz gleichlautend sind mit den Änderungen des Passgesetzes.
- 7 Zum Wortlaut des Artikel 7 TerrorbekG, vgl. Anlage.
- 8 Lukas Gundermann/Marit Köhntopp, Juristische Aspekte biometrischer Verfahren, www.rewi.huberlin.de/Datenschutz/DSB/SH/projekte/biometri/biometkk.htm (28. März 2002).

nicht der Fingerabdruck oder das Foto selbst wird dann mit einem gespeicherten Datensatz abgeglichen.“⁹

Indem ein möglichst einzigartiges Körpermerkmal in einen Datensatz übersetzt wird, können die biometrischen Verfahren grundsätzlich also eine sehr viel spezifischere Identifikation einer Person ermöglichen, als dies durch die bisherige Praxis der Personenbeschreibung, der Nennung besonderer Kennzeichen, der Unterschrift und dem Foto möglich ist. Wenn auch Unterschrift und Foto biometrische Merkmale sind, erschweren aber Unterschriftenfälschung und Alterungsprozess die eindeutige Identifikation der Person. Von den bisher im Pass befindlichen biometrischen Merkmalen unterscheiden sich die des Artikel 7 TerrorbekG durch ihre vielseitige Verwendbarkeit. Sie ordnen sich ein in eine Reihe von Maßnahmen, die unter dem Thema „privacy“ behandelt werden, wie zum Beispiel die Diskussion um Videokameras im öffentlichen Raum zur Kriminalitätsbekämpfung.¹⁰ Die juristische Debatte darüber, ob der „Überwachungsstaat auf dem Vormarsch – der Rechtsstaat (hingegen) auf dem Rückzug“¹¹ ist, begann auch nicht erst mit den gesetzlichen Maßnahmen nach dem 11. September 2001.

Was rechtfertigt einen Report allein über ein paar Zeilen neues Gesetz? Warum all die Aufregung über biometrische Merkmale im Pass? Die Verknüpfung biometrischer Merkmale im Pass mit der Terrorismusbekämpfung ist geeignet, eine Grundregel unseres Rechtsstaats umzukehren. Dazu könnte es kommen, wenn statt der Unschuldsvermutung der Passinhaber gegen die Schuldvermutung des biometrischen Merkmals seine Unschuld beweisen muss.¹² Wenn nun die biometrischen Merkmale eine Schuldvermutung zu Ungunsten der Staatsbürger aufbauten, würde uns dies rechtstechnisch in das tiefe Mittelalter zurückwerfen. Daraus ergibt sich die Brisanz der Erfassung biometrischer Merkmale im Pass.¹³ Deshalb muss nicht nur sorgsam überprüft werden, ob die Aufnahme biometrischer Merkmale in den Pass das von ihr anvisierte Sicherheitsziel erreicht. Darüber hinaus ist dem Zweck der biometrischen Merkmale und den durch sie eintretenden Freiheitsbegrenzungen allergrößte Aufmerksamkeit zu schenken. Damit ergibt sich die Problematik aus der Berechtigung des Sicherheitsziels auf der einen und der doppelten Frage nach der Sinnhaftigkeit der Maßnahme im Vergleich zum anvisierten Ziel und ihrer Verhältnismäßigkeit im Vergleich zur Freiheitsbeschränkung auf der anderen Seite.

9 Thomas Vacek/Sven Scheffler, Das gestohlene Gesicht, in: Die Zeit, Nr. 46/2001, www.zeit.de/2001/46/Wissen/200146_biometrie.html (10. April 2002).

10 Vgl. zu der umfassenden Problematik die Informationen der Nichtregierungsorganisation: Privacy International unter: www.privacyinternational.org oder auch: www.statewatch.org.

11 So der Titel eines Aufsatzes von Horst Hund in der Neuen Juristischen Wochenschrift, Nr. 34, 1992, S. 2118–2123.

12 So: Helmut Bäumler, Landesbeauftragter für Datenschutz, Interview in den Lübecker Nachrichten vom 20. Oktober 2001: www.rewi.hu-berlin.de/Datenschutz/DSB/SH/material/themen/presse/ln201001.htm (28.03.2002).

13 Wenn nachfolgend von der Problematik biometrischer Merkmale gesprochen wird, ist damit immer die Erfassung, nicht das objektiv existente biometrische Merkmal gemeint.

2. Sicherheit und Freiheit im demokratischen Verfassungsstaat

Das Dilemma zwischen Freiheitssicherung und Sicherheitsgewährleistung stellt sich nicht nur in diesem Fall. Es kennzeichnet den demokratischen Verfassungsstaat: Als Kernthemen sind Freiheit und Sicherheit seit Bodin, Hobbes, Montesquieu, Locke und der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 nebeneinander und untrennbar mit dieser Organisation eines politischen Gemeinwesens verbunden. Das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit ist dabei zwar immer eine politische Frage, die sich in Schlagworten wie „Freiheit durch Sicherheit“, „Freiheit als Begrenzung der Sicherheit“, „Sicherheit und Freiheit“ ausdrücken lässt. Letztlich hängt aber die Entscheidung für den Vorrang der Sicherheit oder eine starke Gewichtung der Freiheit von der persönlichen Auffassung über den Staat und seine primären Aufgaben ab. Wer einen „starken“ Staat befürwortet, legt großes Gewicht auf die Sicherheitskomponente, der Anhänger eines „liberalen“ Staates will die Sicherheitskomponente eng definieren und misst der Beachtung von Freiheitsrechten größte Bedeutung zu. Man kann vielleicht soweit gehen, dass sich in der Gewichtung von Freiheit und Sicherheit auch die persönliche Vorstellung über die Beziehung zwischen Staat und Bürger widerspiegelt: tendenziell obrigkeitsstaatlichem Denken steht eine Vorstellung von der Autonomie der Bürger entgegen, die auf bisher erkämpfte Grundfreiheiten und Machtbegrenzungen aufbaut. Jedenfalls will der demokratische Verfassungsstaat beide Komponenten verwirklichen – keine von beiden darf ausschließlich zur Geltung gebracht werden, weil der totalitäre Staat beziehungsweise Willkür unter den Staatsbürgern die Folge wären. Freiheit und Sicherheit sind *beide* Grundvoraussetzungen und „Lebensgrundlage“ der Demokratie, die auf der Selbstbestimmung der Bürger aufbaut. Selbstbestimmung kann aber wiederum nur in einem von Gewalt und Willkür freien Umfeld ausgeübt und verwirklicht werden.

Jede Sicherheitsmaßnahme tangiert und beschränkt notgedrungen die Freiheit der Bürger, während die Verwirklichung der maximalen Freiheit zu Einbussen auf dem Gebiet der Sicherheit führt: Wenn jeder tun und lassen kann, was er will, lebt niemand in Sicherheit, d. h. in dem sicheren Bewusstsein, dass bestimmte, an die anderen gerichtete Verhaltenserwartungen nicht enttäuscht werden. Dabei geht es nicht nur um das elementare Recht auf Leben, das an prominenter Stelle – in Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz – von unserer Verfassung garantiert wird. Sicherheit umfasst ebenso die Gewissheit, dass Verträge erfüllt, erlittene Schäden ausgeglichen und Straßenregeln befolgt werden, so dass unser tagtägliches Verhalten mit ihrer Gewährleistung verbunden ist. Ein so weit gefasster Sicherheitsbegriff kann deshalb nicht nur als Begrenzung der Freiheit verstanden werden. Sicherheit ist gleichzeitig auch Voraussetzung der Freiheit. Damit lassen sich in einem ersten Schritt (neben dem Argument des bestehenden Sicherheitsinteresses) Sicherheitsmaßnahmen *begründen*. In einem zweiten Schritt muss die jeweilige Sicherheitsmaßnahme allerdings daraufhin überprüft werden, ob sich ihre konkrete Ausgestaltung *rechtfertigen* lässt. An dieser Stelle muss die Kehrseite der Medaille, der für den Sicherheitserfolg zu entrichtende Preis der Freiheitsbeschränkung, in Rechnung gestellt werden, um die eigenständige und elementare Bedeutung von Freiheit in einer Demokratie zur Geltung zu

bringen. Die Abwägung zwischen Haben und Soll orientiert sich dabei an der Frage, wie das Sicherheitsplus im Blick auf das Freiheitsminus zu beurteilen ist.

Sicherheitsmaßnahmen können also in einer Demokratie weder allein an ihrem Erfolg gemessen, noch allein mit ihrem Langzeitziel, der „Freiheit in Sicherheit“, begründet werden, wodurch das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit damit einer schwierig zu leistenden Balance gleicht. In diesem Sinne stellt die Verwirklichung von Freiheit und Sicherheit eine Antinomie der Staatsform Demokratie dar: Beide stehen zwar in einem unauflösbaren Widerspruch zueinander, sind aber gerade in der Idee der Demokratie mitgedacht und sollen immer gleichzeitig verwirklicht sein. Die Frage, wie die Staatsorgane mit dieser Antinomie umgehen, ob sie in den staatlichen Entscheidungen die Balance halten oder auch nur anstreben, sagt aber nicht nur etwas darüber aus, wie es um die Demokratie steht. Es ist die Aufgabe der Gesetzgebungsorgane, die persönlichen Präferenzen der Staatsbürger zum Verhältnis von Freiheit und Sicherheit anlässlich einer bestimmten Maßnahme zu aggregieren. Idealerweise sollte ein Konsens zwischen Staatsbürgern und Staatsorganen Ergebnis des Gesetzgebungsvorgangs sein. Wird dieser Konsens nicht gesucht oder zumindest dauerhaft nicht erreicht, ergeben sich Spannungen, die schlussendlich den Rechtsfrieden stören können.

Wie muss man sich ihr Verhältnis nun vorstellen? Das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit ist kein allgemeingültiges, in dem Sinne, dass alle Mitglieder einer Gesellschaft hierüber einer Auffassung wären. Es ist darüber hinaus aber auch kein überzeitliches und unveränderliches. Eine Situation der Bedrohung, etwa durch Terrorakte, kann das Verhältnis zugunsten der Sicherheitsbelange verschieben und Eingriffe in Freiheitsbereiche rechtfertigen, die unter „normalen“ Umständen nicht akzeptabel wären. Das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit ist daher situationsbedingt anzupassen, was bedeutet, dass die anzustrebende „Balance“ variiert. Die in dem Terrorismusbekämpfungsgesetz zusammengefassten Sicherheitsgesetze müssen in diesem Sinne als ein Versuch der situationsbedingten Ausbalancierung von Sicherheit und Freiheit aufgefasst werden. Das Gesetzespaket wurde jedoch gerade aufgrund der Vorverlegung staatlicher Aktivität zur Abwehr feindlicher Tendenzen in Rechtssphären, die in einem freien Staat durch Individualrechte gesichert sind, stark kritisiert.¹⁴ Rechtsgrundsätze würden von den Staaten des Westens im Wettlauf geopfert zugunsten von Maßnahmen, die Kennzeichen einer Diktatur seien.¹⁵ Der Geist der Gesetze sei verseucht von den Terroristen.¹⁶ Wer diese Ansicht über das Terrorismusbekämpfungsgesetz vertritt, kam offensichtlich zu dem Schluss, dass die situationsbedingte Anpassung der Gesetze an die (veränderte) Sicherheitslage weit über das Ziel hinaus geschossen ist und es sich nicht um eine ausbalancierte Lösung des Sicherheitsproblems handelt.

14 Christoph Gusy bei der Sachverständigen-Anhörung im Innenausschuss des Bundestages, zitiert nach: Heribert Prantl, Der Terrorist als Gesetzgeber, in: Süddeutsche Zeitung vom 8./9. Dezember 2001, S. 13.

15 Aufgrund der Vorverlegung der Abwehrmaßnahmen.

16 So Heribert Prantl, Der Terrorist als Gesetzgeber, in: Süddeutsche Zeitung vom 8./9. Dezember 2001, S. 13.

Der Grund hierfür könnte darin liegen, dass ein Terrorakt zum Anlass genommen wurde für eine Veränderung der Sicherheitsgesetze. „Terror“ impliziert Unberechenbarkeit und Unvorhersehbarkeit, so dass *Sicherheitsmaßnahmen* zur Verhinderung des Terrorismus sehr weitgehend sein müssen. Kann man indes überhaupt fordern, dass der Staat seine Bürger vor terroristischen Anschlägen zu schützen habe? Nur dann, wenn man diese Frage abstrakt beantwortet, ohne auf die Art und Weise, den Umfang und das Ziel des Schutzes einzugehen, fällt ihre Bejahung leicht.

Der Titel des „Sicherheitspakets II“ lässt aber vermuten, dass alle enthaltenen Gesetzesänderungen auf die Verbesserung, gar Gewährleistung der Sicherheitslage im Hinblick auf den „internationalen Terrorismus“ zielen. Hierzu werden ausschließlich sicherheitspolizeiliche Maßnahmen gewählt. In diesem Report wird nicht die Auffassung vertreten, dass der Staat *allein* durch Sicherheitsmaßnahmen absoluten Schutz vor terroristischen Anschlägen gewährleisten kann. Da nun aber das Gesetz den Zusammenhang zwischen seinem Inhalt und der Terrorismusbekämpfung herstellt, muss jede einzelne darin enthaltene Sicherheitsmaßnahme (neben ihrer Ausgestaltung der problematischen Balance von Sicherheit und Freiheit) geeignet sein, nicht nur irgendeinen Sicherheitserfolg zu erzielen, sondern gerade auch der Terrorismusbekämpfung zu dienen.

3. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Der Report wirft also die Frage auf, ob Artikel 7 TerrorbekG als eine situationsangepasste Ausbalancierung von Freiheit und Sicherheit zu werten ist, die gleichzeitig der Terrorismusbekämpfung dient. Die Untersuchung des Artikel 7 TerrorbekG erfolgt dabei aus der juristischen Perspektive. Als Untersuchungsmaßstab dient die Verfassung, da die an dem Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe über Artikel 20 Absatz 3 GG an diese gebunden sind. Das bedeutet, dass die Sicherheitsmaßnahme des Artikel 7 TerrorbekG, die Einführung weiterer biometrischer Merkmale in den Pass, einen verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt haben muss. Es geht hierbei einerseits um die Kompetenz zu dieser Maßnahme, das heißt um die Aufgabenbegründung. Es geht aber auch um ihre Ausgestaltung im Sinne der Verfassung und damit um die verfassungsrechtlichen Grenzen der Maßnahme. Entsprechend der Theorie des demokratischen Verfassungsstaats, die Freiheit und Sicherheit vereinen will, „legt gerade die Staatsaufgabe ‚innere Sicherheit‘ die staatsfordernde Dimension des Verfassungsrechts offen, weist aber damit zugleich auf das nicht aufhebbare Spannungsverhältnis zur rechtsstaatlich notwendigen Staatsbegrenzung hin“¹⁷. Die Verfassung spiegelt damit die eine Demokratie auszeichnende Antinomie zwischen Sicherheit und Freiheit wider. Über Artikel 20 Absatz 3 GG muss sich diese Antinomie letztlich auch in jeder einzelnen Sicherheitsmaßnahme fortsetzen.

17 Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Band 3, (2. Auflage), Heidelberg, 1996, zitiert: Isensee/Kirchhof, § 79: Innere Sicherheit, Bearbeiter: Volkmar Götz, Rdnr. 3.

Allerdings bedarf die Verfassung gerade in den grundlegenden Fragestellungen einer Interpretation mit Hilfe juristischer Methodik. Dies ist aber nicht nur Aufgabe der juristischen Wissenschaft. Das Bundesverfassungsgericht konkretisiert die Verfassungsbestimmungen und entwickelt dabei Grundsätze, die im vorliegenden Report an vielfältigen Stellen zur Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit des Artikel 7 TerrorbekG herangezogen werden. Das Überprüfen der Verfassungsmäßigkeit bedeutet also, die Antinomie des Verfassungsrechts auf dem Gebiet der inneren Sicherheit offen zu legen und Artikel 7 TerrorbekG auf die Einhaltung der Verfassung zu überprüfen. Dabei hält die Verfassung aber nicht nur Normen zur Beurteilung des materiell-rechtlichen Aspektes, zur Abwägung des Sicherheitserfolges mit der Freiheitsbegrenzung bereit. Die in ihr enthaltenen formalrechtlichen Regeln betreffen als Verfahrensvorschriften und Grundprinzipien die Tätigkeit des Bundestages. Sie stellen so sicher, dass der Öffentlichkeit Diskussion und Entscheidungsprozess nachvollziehbar werden und dass Gegenargumente der außerparlamentarischen Öffentlichkeit in den Entscheidungsprozess einfließen können und so der für eine Demokratie lebensnotwendige Rückkoppelungsprozess zwischen Parlament und Bürgern stattfindet. Werden die formalrechtlichen Regelungen missbraucht, umgangen oder auch rein formalistisch eingehalten, um eine sicherheitspolitische Entscheidung durchzusetzen, erfüllt der Bundestag seine Aufgabe nicht. Die rechtstechnische Umsetzung einer politischen Entscheidung durch die beteiligten Staatsorgane zeigt darüber hinaus, wie offensiv und damit wie offen das gesetzgeberische Ziel vertreten wurde. Ist dies nicht der Fall, deuten vielmehr die gesetzestechnischen Winkelzüge auf eine Verschleierung des Gesetzgebungszweckes hin. Hierin kann dann nicht die in einer Demokratie zu fordernde öffentliche Abwägung von Freiheit und Sicherheit gesehen werden.

Drei Leitfragen gliedern deshalb vorliegende Untersuchung:

1. Besteht ein Zusammenhang zwischen der Erfassung biometrischer Merkmale im Pass und der Bekämpfung des Terrorismus?
2. Wie ist Artikel 7 TerrorbekG anhand der materiell-rechtlichen Verfassungsvorgaben zu Sicherheit und Freiheit zu beurteilen?
3. Was sagt die verwendete Gesetzestechnik über die öffentliche Abwägung von Freiheit und Sicherheit aus?

Im nun folgenden ersten Abschnitt wird Artikel 7 TerrorbekG auf verschiedenen Ebenen hinsichtlich seines Aussagegehaltes untersucht. Sein Wortlaut, der Normenzusammenhang, Sinn und Zweck und Gesetzesbegründung werden interpretiert, wobei ein besonderes Augenmerk dem durch die Verabschiedung des Artikel 7 im Rahmen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes suggerierten Zusammenhang mit der Terrorismusbekämpfung gilt. Es wird sich herausstellen, dass Artikel 7 TerrorbekG auf die Terrorismusbekämpfung allenfalls durch den Verweis auf ein zukünftiges Gesetz Bezug nimmt.

Der zweite Untersuchungsteil beschäftigt sich mit den biometrischen Merkmalen unter dem Blickwinkel der inneren Sicherheit. Welche Sicherheit wurde vom 11. September 2001 bedroht und findet Artikel 7 TerrorbekG eine grundsätzlich geeignete Antwort auf der Grundlage der Verfassung? Biometrische Merkmale haben Schwächen, die an dieser Eignung zweifeln lassen.

Darüber hinaus bergen sie Gefahren, die ihre Nebenwirkung im Sinne des Freiheitsverlusts in den Vordergrund rücken. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und seine Nichtumsetzung in Artikel 7 TerrorbekG sind deshalb Gegenstand des dritten Untersuchungsabschnittes.

Mehrfach wird die verwendete Gesetzestechnik zur Argumentation herangezogen. Das Gesetz zeigt eine Unentschiedenheit, eventuell Unehrlichkeit des Gesetzgebers, indem eine sicherheitsrelevante Grundsatzentscheidung getroffen wurde, sowohl deren sicherheitspolitische Umsetzung als auch die notwendigen Freiheitsabsicherungen aber auf ein zukünftiges Gesetz vertagt wurden. Die Qualifikation des Artikels 7 TerrorbekG als „Rechtsgrundlage“, die Unklarheit des Verwendungszwecks, der Verweis auf das zukünftige Gesetz, das eilige Verfahren sowie die Trennung von Grundsatzentscheidung und Inhalt könnten daraufhin deuten, dass der 11. September und das Terrorismusbekämpfungsgesetz eine gute Gelegenheit darstellten, ein (lange geplantes) Vorratsgesetz in die Wege zu leiten. So würde sich auch erklären lassen, dass das Gesetz einen Bezug zur Terrorismusbekämpfung bisher nicht (explizit) aufzeigt. Kann nicht aufgrund der Zweiteilung in Rechtsgrundlage und Inhalt sogar die Gesetzesqualität des Artikel 7 TerrorbekG bezweifelt werden? Ist der Bundestag nicht, um die Legitimität der Gesetze herzustellen, zu eindeutigen „Äußerungen“, zu eingehender, umfassender Behandlung aller Fragen eines Sachverhaltes gezwungen? Kann schließlich diese Außerachtlassung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung damit gerechtfertigt werden, dass auch in sicherheitspolitischer Hinsicht die wesentlichen Details nicht festgelegt wurden?

Der vierte und letzte Untersuchungsteil fragt, ob sich die Einseitigkeit des Artikel 7 TerrorbekG aus einer Rangfolge der Grundrechte ableitet beziehungsweise sie sich mit dem Kontext des 11. September 2001 rechtfertigen lässt. Dies ist umso fragwürdiger, als Artikel 7 TerrorbekG die Möglichkeit der Datenverknüpfung offen lässt. Die Verknüpfung der aus den biometrischen Merkmalen gewonnenen Daten mit anderen Dateien hätte immense Konsequenzen für den Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung und damit auch für die Beurteilung der von Artikel 7 TerrorbekG vorgenommenen Gewichtung von Freiheit und Sicherheit. Handelt es sich bei Artikel 7 TerrorbekG durch die Aufteilung in zwei Gesetze daher um den Versuch einer Freiheitsbeschränkung in Raten?

4. Biometrische Merkmale im Pass und Terrorismusbekämpfung

Wie regelt das Terrorismusbekämpfungsgesetz nun die Aufnahme weiterer biometrischer Merkmale in den Pass?

„Der Pass darf neben dem Lichtbild und der Unterschrift weitere biometrische Merkmale von Fingern oder Händen oder Gesicht des Passinhabers enthalten.“ (Artikel 7 Nr. 1 b Satz 1 TerrorbekG)

Dieser Satz liest sich so, als wählte das Terrorismusbekämpfungsgesetz drei mögliche Körperbereiche aus.¹⁸ Was genau wählt aber das Terrorismusbekämpfungsgesetz aus, wenn es biometrische Merkmale „von Fingern oder Händen oder Gesicht“ zulässt? Das hängt davon ab, welche Möglichkeiten generell in Betracht kommen. Generell können statische physiologische Attribute (zum Beispiel Fingerabdrücke, Handgeometrie, Netzhautmuster), variable physiologische Attribute (zum Beispiel Gesicht, Stimme) und verhaltensunabhängige Attribute wie Schreibrhythmus auf einer Computertastatur oder eine Unterschrift per Hand (die heute schon im Pass enthalten ist) zur Personenüberprüfung herangezogen werden.¹⁹ Gegenwärtig stehen aber nur „folgende Arten von biometrischen Erkennungssystemen zur Verfügung: Gesichtserkennung, Fingerabdruck, Handgeometrie, Untersuchung der Iris, Unterschriftenprüfung, Kombinierte Auswertung verschiedener Methoden“²⁰. Auf der Ebene der technischen Möglichkeiten trifft das Terrorismusbekämpfungsgesetz also nur dann eine tatsächliche Auswahl, wenn die Untersuchung der Iris nicht als biometrisches Merkmal des Gesichts aufzufassen ist. Wenn darüber hinaus die Unterschrift als schon vorhandenes biometrisches Merkmal subtrahiert wird, stellt sich bei dem Vergleich des gesetzlichen Katalogs von Möglichkeiten mit den bestehenden technisch umsetzbaren Systemen heraus, dass nur sehr wenig ausgeschlossen wurde. Anders gesagt: eine wirkliche Auswahl wurde nicht getroffen.

4.1. Die Grundsatzentscheidung zur Aufnahme biometrischer Merkmale

Dies verdeutlicht auch die Gesetzesformulierung: Biometrische Merkmale von Fingern oder Händen oder Gesicht *dürfen* im Pass enthalten sein. Abgesehen von den drei möglichen Bereichen hat das Verb „dürfen“ eine gewährende, zugestehende Aussage. Es geht bei der Änderung des Passgesetzes aber um eine sicherheitspolitische Entscheidung mit ordnendem Charakter, um die Entscheidung, ob und welche weiteren biometrischen Merkmale in den Pass aufgenommen werden. Statt des Verbs „dürfen“ wäre deshalb die Verwendung von „werden“ oder „müssen“ Anzeichen einer staatlichen Entscheidung, wobei der Grund für diese „Entscheidungslosigkeit“ von Satz 1 in der bevorstehenden Vereinheitlichung auf EU-Ebene liegen dürfte.

Um den Aussagegehalt von Satz 1 herauszuarbeiten, muss er im Zusammenhang mit den anderen Sätzen des Artikel 7 beurteilt werden.

18 Die alternativen Körperbereiche beinhalten wiederum mehrere biometrische Verfahren. So kann zum Beispiel die Augennetzhaut abgetastet werden, können die Blutgefäße im Gesicht registriert werden, oder das Irismuster zur Identifikation dienen.

19 Vgl. Beschreibung des BioIS-Projekts des Fraunhofer Instituts für Graphische Datenverarbeitung: www.igd.fhg.de/igd-a8/projects/biois/biois_de.html; weiterführende Literaturhinweise zum Thema Biometrie: www.biotrust.de (27. März 2002).

20 Vgl. Beschreibung des BioIS-Projekts des Fraunhofer Instituts für Graphische Datenverarbeitung: www.igd.fhg.de/igd-a8/projects/biois/biois_de.html (27. März 2002).

„Die Arten der biometrischen Merkmale, ihre Einzelheiten und die Einbringung von Merkmalen und Angaben in verschlüsselter Form nach Absatz 3 [...] werden *durch Bundesgesetz* geregelt [Hervorheb. und Auslassung, C.K.]“. (Artikel 7 Nr. 1 b Satz 4 TerrorbekG)

Dieser Verweis benennt die Aspekte, die inhaltlich zur Aufnahme der biometrischen Merkmale in den Pass geklärt werden müssen; allerdings wird dies „durch Bundesgesetz“ geschehen. „Durch Bundesgesetz“ bedeutet, dass es ein *anderes* Bundesgesetz geben soll, welches die Aufnahme in den Pass umsetzen wird und damit natürlich gleichzeitig, dass *dieses* Gesetz es nicht tut. Es besteht offenbar über die Art der Umsetzung kein Konsens. Dies kann an politischen Gründen liegen oder an fehlendem technischen Wissen über die bestmögliche technische Umsetzung. Jedenfalls kann Satz 1 nur entnommen werden, dass eine Aufnahme weiterer biometrischer Merkmale in den Pass nunmehr möglich sein soll. Aus diesen beiden Sätzen geht demnach hervor, dass sich der sicherheitspolitische Aussagegehalt des Artikel 7 TerrorbekG auf eine Grundsatzentscheidung zur Aufnahme biometrischer Merkmale in den Pass beschränkt.

Eine solche Feststellung im Gesetzeswege zu verabschieden, ist erstaunlich. Deshalb soll nun noch die Gesetzesbegründung zur Interpretation hinzugezogen werden. Die Aufgabe des Artikel 7 liegt aufgrund der Gesetzesbegründung allein in der Schaffung der „Rechtsgrundlagen für die Aufnahme biometrischer Merkmale“²¹.

Weil eine „Rechtsgrundlage“ das Fundament der rechtlichen Regelung darstellt, stützt auch diese Formulierung die Interpretation, dass Satz 1 eine Feststellung, keine Anordnung enthält. Gibt es aber eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung dafür, per Bundesgesetz die Rechtsgrundlage eines Bundesgesetzes zu schaffen? Diese Frage stellt sich, weil ein Gesetz entweder umfassend selbst entscheidet oder aber die Rechtsgrundlage für eine exekutive Ausführungsanordnung bildet. Der Wortlaut des Artikel 7 TerrorbekG verwendet so auch die Terminologie des Artikel 80 GG, der diese Kompetenzverlagerung erlaubt. Das Bundesverfassungsgericht hat zur Abgrenzung der legislativen von der exekutiven Regelungskompetenz aus dem Rechtsstaatsprinzip die sogenannte „Wesentlichkeitstheorie“ abgeleitet. Dieser Grundsatz bedeutet, dass der Gesetzgeber grundlegende, in diesem Sinne wesentliche Bereiche selbst regeln muss²², seine Kompetenz also nicht auf die Exekutive verlagern darf. In grundrechtlich relevanten Bereichen wird die Wesentlichkeit der Materie regelmäßig bejaht.²³ Das Verfahren zur Erfassung, zum Auslesen und Verwenden biometrischer Merkmale erfordert natürlich die Speicherung des Datensatzes, damit an einem beliebigen Ort das Körpermerkmal mit dem Datensatz verglichen werden kann. Deshalb ist bei der Anwendung biometrischer Verfahren das so genannte „Volkszählungsurteil“ des Bundesverfassungsgerichts²⁴ zu berücksichtigen, in welchem es dem Grundgesetz ein „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ (aus Artikel 2 Absatz 1

21 TerrorbekG, Teil 1, Seite 1 zur Problemlösung.

22 Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BverfGE) **33. Band**, S. 125ff., hier S. 163; im folgenden: **33**, 303, 336 ff.; **34**, 165, 192 f.; **40**, 237, 259 (st. Rspr.).

23 BVerfGE **47**, 46, 79 f.; **57**, 295, 321.

24 BVerfGE **65**, 1.

Satz 1 in Verbindung mit 1 Absatz 1 GG) entnommen und daraus Voraussetzungen der grundrechtskonformen Speicherung und Nutzung von Daten formuliert hat. Bei der Erfassung biometrischer Merkmale in den Pass handelt es sich damit um einen grundrechtsrelevanten Bereich. Eine Delegation der Gesetzgebungskompetenz an die Bundesregierung (angedeutet durch die Formulierung, mit Artikel 7 die Rechtsgrundlage der zukünftigen Regelung schaffen zu wollen) war in diesem Fall also wegen seiner Grundrechtsrelevanz gar nicht denkbar! Außerdem kommt Artikel 80 GG auch aufgrund der angestrebten „Rechtsfolge“ nicht in Betracht: Das Terrorismusbekämpfungsgesetz „verweist“ auf ein weiteres Bundesgesetz, nicht auf eine Rechtsverordnung. Eine Gesetz kann aber niemals „Rechtsgrundlage“ für ein anderes Gesetz sein, weil im Sinne der Normenhierarchie nur die Verfassung Rechtsgrundlage eines Bundesgesetzes ist. Solange die Verfassung einem Bundesgesetz nicht entgegensteht, ist die Schaffung einer Rechtsgrundlage für gesetzgeberisches Handeln im Wege des einfachen Gesetzes nicht notwendig.

Jedoch versucht die Gesetzesbegründung mit der „Rechtsgrundlage“ nicht nur eine Bezeichnung für ein Gesetz ohne Inhalt zu finden, denn die Bedeutung der „Rechtsgrundlage“ offenbart sich durch die Einbeziehung eines weiteren, sehr unspektakulär anmutenden Satzes des Artikel 7 TerrorbekG: „Absatz 1 Satz 1 wird gestrichen.“ (Artikel 7 Nr. 2 a TerrorbekG) Es handelt sich um die Streichung des alten § 16 Absatz 1 Satz 1 PassG mit folgendem Wortlaut: „Der Pass darf weder Fingerabdrücke noch verschlüsselte Angaben über die Person des Inhabers enthalten.“ Als „biometrische Merkmale von Fingern“ kommt der Fingerabdruck in Frage (und Artikel 7 TerrorbekG will auch die Möglichkeit der Datenverschlüsselung schaffen). Die „Rechtsgrundlage“ versteht sich also nicht technisch, sondern inhaltlich: Die Streichung des Verbots ist in der Tat Voraussetzung, „Rechtsgrundlage“, für die geplante inhaltliche Umsetzung.

Damit kommt man zu dem Ergebnis, dass Artikel 7 einen sicherheitspolitischen Richtungswechsel enthält. Weil er inhaltlich keine direkten Konsequenzen zeitigt, kann er damit als sicherheitspolitische Grundsatzentscheidung bezeichnet werden. Formalrechtlich offenbart die Bezeichnung „Rechtsgrundlage“, dass der eigentliche Zweck des Artikel 7 nicht die Einfügung von Inhalten, sondern die Streichung des Verbots ist. Weil bisher durch Artikel 7 TerrorbekG erst die Möglichkeit einer Maßnahme geschaffen wurde, handelt es sich um eine Art Vorratsgesetz. Gleichzeitig steht mit der sicherheitspolitischen Rechtsfolgenlosigkeit fest, dass das Terrorismusbekämpfungsgesetz in diesem Punkt eine kurzfristige Lösung der erkannten terroristischen Gefahr weder erreichen kann, noch will. Über diese Feststellung hinaus leuchtet der in der Begründung angegebene Anlass, der 11. September 2001 (und die seither erhöhten terroristischen Gefahren) als Grund für die Eingliederung dieser Grundsatzentscheidung in das Terrorismusbekämpfungsgesetz schon deshalb nicht ein, weil keiner der Attentäter einen deutschen Pass besaß.²⁵ Die mit Artikel 7 TerrorbekG in sicherheitspolitischer Hinsicht aus dem 11. September 2001 gezogenen Konsequenzen scheinen aber auch grundsätzlich nicht adäquat zu sein: Durch An-

25 Joachim Käppner, Im Netz der Daten, in: Süddeutsche Zeitung vom 7. November 2001, www.sueddeutsche.de/computer/neueteknik/software/29360/index.php (28. März 2002).

derungen im Pass und im Personalausweis werden Deutsche erfasst, während als Ziel des Gesetzes die Bekämpfung des internationalen Terrorismus genannt wurde. Artikel 7 TerrorbekG könnte jedoch *langfristig* der Terrorismusbekämpfung dienen.

4.2. Der Zweck biometrischer Merkmale und die Terrorismusbekämpfung

Der Zweck der Erfassung weiterer biometrischer Merkmale im Pass wird von Artikel 7 TerrorbekG nicht definiert. Nach dem Bundesverfassungsgericht bestimmen sich aber sowohl die Verwendung als auch die Nutzung nach dem Zweck der Datenerhebung.²⁶ Damit ist gleichzeitig auch die Definition von Nutzung und Verwendung für die Zweckbestimmung relevant. Zwei Bestimmungen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes sind in dieser Hinsicht zu beachten:

„[...] die Art [...] ihrer sonstigen Verarbeitung und *Nutzung* [wird] durch Bundesgesetz geregelt [Hervorheb. und Auslassung C.K.]“ (Artikel 7 Nr. 1 b Satz 4 TerrorbekG; kurz Satz 4)

„Im Pass verwendete verschlüsselte Merkmale [...] dürfen nur zur Überprüfung der Echtheit des Dokuments und zur Identitätsprüfung des Passinhabers ausgelesen und *verwendet* werden [Hervorheb. und Auslassung C.K.]“. (Artikel 7 Nr. 2 b Satz 1 TerrorbekG; kurz Satz 1)

4.2.1. Der Unterschied zwischen „verwenden“ und „nutzen“ in der Terrorismusbekämpfung

Wie verhalten sich diese beiden Anordnungen zueinander? Satz 4 wurde eine Bestimmung des neuen § 4 PassG, der sich mit dem Passmuster beschäftigt und Satz 1 eine Änderung des § 16 PassG, der datenschutzrechtlichen Bestimmungen. Satz 4 kann daher als Grundregel und Satz 1 als eine datenschutzrechtlich gebotene Ausnahmeregel aufgefasst werden. Zudem bezieht sich die restriktive Verwendungsdefinition nur auf verschlüsselte Merkmale. Dies könnte bedeuten, dass die „Nutzung“ des Satz 4 sich nur auf unverschlüsselte Merkmale bezieht, während die „Verwendung“ ausschließlich verschlüsselte Merkmale betrifft. Die Verwendung verschlüsselter Merkmale könnte außerdem als durch diesen Satz 1 definiert angesehen werden. Zudem steht auch noch nicht fest, ob und wenn ja, welche Merkmale verschlüsselt werden, denn auch hier spricht das Terrorismusbekämpfungsgesetz nur von einer Möglichkeit.²⁷ Damit steht letztlich nur fest, dass *wenn* die Merkmale verschlüsselt werden, diese nur zur Überprüfung der Echtheit des Dokuments und zur Identitätsprüfung des Passinhabers „*verwendet*“ werden dürfen. Weil aber „nutzen“ und „verwenden“ nicht dasselbe bedeuten müssen, könnten auch die verschlüsselten Merkmale im Sinne von Artikel 7 Nr. 1 b Satz 1 TerrorbekG „genutzt“ werden. Also bedeutet auch dieser wenn-dann-Satz nicht, dass die verschlüsselten Merkmale eindeutig nur im Sinne der „Verwendung“ Anwendung finden. Für diese Interpretation spricht auch, dass die Verwendung und Nutzung gespeicherter Daten nicht nur vom Zweck, son-

26 BVerfGE 65, 1, 45.

27 Artikel 7 Nr. 1 b Satz 2 (neuer § 4 Absatz 3 Satz 2 PassG).

dern auch von den der Informationstechnologie eigenen Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten und damit eben von den technischen Möglichkeiten abhängt.²⁸

Wie könnten die technischen Möglichkeiten der Verarbeitung und Verknüpfung dazu beitragen, dass biometrische Merkmale langfristig der Terrorismusbekämpfung dienen? Als Nutzung wäre in diesem Sinne ein Abgleich der Daten aus dem biometrischen Merkmal mit anderen Dateien, wie zum Beispiel des Verfassungsschutzes über terroristische Vereinigungen und deren Mitglieder, terroristische Aktivitäten etc. denkbar, wodurch der Pass als Instrument zur Terrorismusbekämpfung genutzt würde. Weder die Überprüfung der Echtheit des Dokuments noch die Identitätsfeststellung des Passinhabers geben hingegen für sich allein Aufschluss darüber, ob die überprüfte Person Mitglied einer terroristischen Vereinigung ist oder gar einen terroristischen Akt plant etc.. Zieht man also nur die als Verwendung angegebene Zweckdefinition heran, ist ein Zusammenhang mit der Terrorismusbekämpfung nicht herzustellen. Es ist daher vorstellbar, dass erst die noch undefinierte Nutzung des Verweises über das Ausschöpfen technischer Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten die biometrischen Merkmale für die Terrorismusbekämpfung fruchtbar machen wird.

Deshalb soll die systematische Einordnung des Artikel 7 in das Terrorismusbekämpfungsgesetz, die Gesetzesbegründung sowie die Frage nach Sinn und Zweck der Vorschrift daraufhin untersucht werden, welche Bedeutung der „Nutzung“ im Rahmen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes zukommen kann.

Die Gesetzesbegründung zu Artikel 7 TerrorbekG liefert keine neuen Erkenntnisse: „Im Pass- und Personalausweisrecht wird die Grundlage geschaffen, um die Möglichkeiten zur computergestützten Identifizierung von Personen auf der Grundlage der Ausweisdokumente zu verbessern und zu verhindern, dass Personen sich mit fremden Papieren ähnlich aussehender Personen ausweisen. Zur Erreichung dieser Zielsetzung sieht der Entwurf im Wesentlichen vor, dass neben dem Lichtbild und der Unterschrift weitere biometrische Merkmale in den Pass und den Personalausweis – auch in verschlüsselter Form – aufgenommen werden dürfen. Durch besonderes Bundesgesetz kann künftig eines von drei bereits alternativ festgelegten Biometriemerkmale eingeführt und dessen Verschlüsselung [...] angeordnet werden. Damit kann zukünftig zweifelsfrei überprüft werden, ob die Identität der betreffenden Person mit den im Originaldokument abgespeicherten Originaldaten übereinstimmt“.²⁹

Die Gesetzesbegründung spricht daher für die bisher herausgearbeiteten Aussagen des Artikel 7 TerrorbekG: 1. keine Festlegung hinsichtlich des biometrischen Merkmals, 2. Zweckbestimmung im Sinne der Identitätsfeststellung. Eine weitergehende Aussage als „die Person hat ihren Pass“, ist bei dieser Verwendung der Daten aus den biometrischen Merkmalen aber nicht zu entnehmen. Soll etwa die Aufnahme des Artikel 7 in das Terror-

28 BVerfGE 65, 1, 45.

29 TerrorbekG, Begründung, B. Wesentliche Schwerpunkte des Entwurfs, S. 37.

bekG bedeuten, dass alle Deutschen potenzielle „internationale Terroristen“ sind? Das kann nicht der Auffassung der Bundesregierung entsprechen.

Die Bundesregierung könnte aber ein Zuwanderungsgesetz, welches fremd aussehende Menschen zu Inhabern eines deutschen Passes macht, als Grund zur Aufnahme biometrischer Merkmale in den Pass ansehen. Dadurch werden die „guten“, verfassungsrechtlich überprüften, von den „schlechten“ Ausländern (Flüchtlinge) geschieden. Wichtiger ist aber, dass man die eindeutige Identifizierung eines „guten“ Ausländers durch einen qua biometrischem Merkmal fälschungssicheren Pass auch als Schutzvorschrift verstehen könnte. Diese Kombination ermöglicht die doppelte Beweisführung: Erstens sind die registrierten Ausländer rechtmäßige Passinhaber und damit auch gleich, zweitens haben sie die Hürde der Verfassungsüberprüfung überwunden, können daher keine Terroristen sein!

Es ergeben sich aber keine Anhaltspunkte im Gesetzestext oder seiner Begründung dafür, dass das Zuwanderungsgesetz die biometrischen Merkmale im Pass motiviert. Daher bleibt bis zu dieser Stelle unklar, warum Artikel 7 ohne inhaltliche Ausgestaltung in das Terrorismusbekämpfungsgesetz aufgenommen wurde, obwohl die getroffenen Entscheidungen keinen offensichtlichen Bezug zur Terrorismusbekämpfung haben. Man kann jedoch noch die das gesamte Gesetzespaket motivierenden Sätze heranziehen, um den Zweck der biometrischen Merkmale herauszuarbeiten. Die bereits ergriffenen administrativen und operativen Maßnahmen, ebenso wie die bereits beschlossenen Gesetzesänderungen³⁰, seien „erste Schritte auf dem Weg zu einem neuen Sicherheitskonzept, dem im Hinblick auf die Komplexität der neuen terroristischen Bedrohung weitere folgen“³¹ müssten. Um die so formulierte Aufgabe bewältigen zu können, bedarf es nach der Gesetzesbegründung „[...] eines *intensiven polizeiinternen Informationsaustausches sowie einer engen Zusammenarbeit mit allen übrigen Sicherheitsbehörden*. Zur polizeilichen Aufgabenerfüllung erforderlich ist ferner ein intensiver Informationsaustausch mit den Ordnungsbehörden, wie beispielsweise den Ausländerbehörden. Hierzu bedarf es einer engen Verzahnung der verschiedenen Datenbestände der einzelnen Behörden [Hervorheb. und Auslassung C.K.]“³².

Dieses neue Sicherheitskonzept der Bundesregierung zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus arbeitet also mit polizeilichen Maßnahmen, die sich Datenvernetzung in intensivem Ausmaß zunutze machen. Es ist unwahrscheinlich, dass in diesem Rahmen persönliche Daten von ca. 80 Millionen Bundesbürgern (plus die vielleicht bald eingebürgerten Zuwanderer) zur Terrorismusbekämpfung erhoben, im Wege des Terrorismusbekämpfungsgesetzes verabschiedet, aber nicht für den beabsichtigten Datenaustausch zur Terrorismusbekämpfung verwendet werden. Man muss deshalb davon ausgehen, dass die Bundesregierung mit Bedacht die Vielzahl der Gesetzesänderungen in einem sogenannten

30 Streichung des Vereinsprivilegs, § 129 b StGB.

31 TerrorbekG, Begründung, Erster Teil (A. Anlass und Zielsetzungen des Gesetzes), S. 35.

32 TerrorbekG, Begründung, A. Anlass und Zielsetzungen des Entwurfs, S. 35.

„Gesetzespaket“ wie dem Terrorismusbekämpfungsgesetz vom Bundestag verabschieden ließ, dass also ein Zusammenhang zwischen den einzelnen Artikeln des Terrorismusbekämpfungsgesetzes besteht. Die Begründung des Gesamtgesetzentwurfes lässt demnach vermuten, dass auch die aus den biometrischen Merkmalen gewonnenen Daten Gegenstand des intensiven polizeiinternen Informationsaustausches werden sollen. Dies würde dann auch einen Zusammenhang zur Terrorismusbekämpfung herstellen. Unter der Prämisse, dass die Bundesregierung nicht nur eine gute Gelegenheit beim Schopfe packen wollte oder sich dem reinen Aktionismus hingegeben hat, werden also, von der Zweiteilung der Passgesetzänderungen verschleiert, die aus den biometrischen Merkmalen gewonnenen Daten doch mit anderen Datensätzen verglichen oder Behörden zur Verfügung gestellt. Nur unter diesem Aspekt ist die Einführung biometrischer Merkmale in den Pass im Rahmen eines Terrorismusbekämpfungsgesetzes sinnvoll, denn der den Pass überprüfende Beamte kann dann neben der Prüfung der Echtheit des Dokuments und der Identitätsfeststellung klären, ob eine des Terrorismus verdächtige Person vor ihm steht oder nicht. Festzustellen bleibt, dass die Definition von Verwendung und Nutzung letztlich offen bleibt. Die Grundsatzentscheidung für die Aufnahme biometrischer Merkmale kann aber ohne eine genaue Definition ihrer Verwendung nicht sinnvoll beurteilt werden. Schon deshalb ist die zweigeteilte Vorgehensweise sehr bedenklich.

4.2.2. Eine politische Willenserklärung zur Terrorismusbekämpfung

Der Verweis in Artikel 7 Nr. 1 b Satz 4 TerrorbekG auf die zukünftige Definition der Nutzung könnte sogar gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen und damit verfassungswidrig sein. Rechtstechnische Voraussetzung hierfür ist, dass es sich um eine juristische Verweisung, nicht um eine politische Willenserklärung handelt. Als „Verweisung“ könnte der durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz in das Passgesetz eingefügte Verweis gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot verstoßen, weil nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Verweisungen verfassungsrechtlich nicht zulässig sind, wenn sie zur Unbestimmtheit und Unklarheit der Norm führen.³³ Denn: „Verweisungen sind die im Text eines Gesetzes angesprochenen Bezugnahmen auf andere Vorschriften derart, dass die ausdrücklich in Bezug genommenen Rechtsvorschriften als eine notwendige Ergänzung zu einem Bestandteil der Regelung des verweisenden Gesetzes werden.“³⁴ Kriterium der Klarheit und Bestimmtheit im Fall eines Verweises ist, dass der Rechtsunterworfen klar erkennen beziehungsweise ohne speziellen Sachverstand mit hinreichender Sicherheit herausfinden können muss, welche Norm gilt.³⁵

Schon Verweisungen auf *bestehende* Gesetze sind aber problematisch, weil das Gesetz, auf das verwiesen wird, eine Änderung erfahren kann. „Die Verweisung wird dann zu einer Fahrt ins Blaue“.³⁶ Hier handelt es sich sogar um den Verweis auf ein *zukünftiges*

33 BVerfGE 5, 25, 31; 22, 330, 346; 26, 338, 367; 44, 322, 350; 47, 285, 311.

34 Hans Schneider, Gesetzgebung, Heidelberg, 1991 (2. Auflage), Rdnr. 378.

35 BVerfGE 5, 25, 2. Leitsatz und Seite 34.

36 Schneider, a.a.O. (Anm. 34), Rdnr. 378.

Gesetz, dessen Inhalt der Rechtsunterworfenen also nicht kennen oder herausfinden kann. Käme man zu dem Schluss, dass es sich um eine juristische Verweisung handelt, ergäbe sich ihre Unzulässigkeit aus dem „erst-recht-Schluss.“³⁷ Eine juristische Verweisung *inkorporiert* die Norm der Verweisung in die Verweisungsnorm. Die juristische Technik der Verweisung dient der Vereinfachung und bedeutet rechtlich lediglich den Verzicht, den Text der in Bezug genommenen Vorschrift in vollem Wortlaut in die Verweisungsnorm aufzunehmen.³⁸ Weil es keine Vereinfachung bedeutet, eine zukünftige Norm in den Wortlaut einer anderen Norm aufzunehmen, kann dieser „Verweis“ nicht lediglich als Verzicht bezeichnet werden – die Regelung ist nicht „aufgehoben, sondern nur aufgeschoben“.

Der „Verweis“ ist also als politische Willenserklärung einzustufen, die als solche auch nicht dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot genügen muss. Als politische Willenserklärung ist der Inhalt des Verweises nicht Teil des Gesetzes und führte daher auch bei der hier vorgetragenen Interpretation nicht zu einem Widerspruch. Politische Willenserklärungen, Ankündigungen zukünftiger gesetzlicher Maßnahmen finden sich aber in Koalitionsvereinbarungen, die rechtlich unverbindliche Absprachen darstellen, oder in schlichten Parlamentsbeschlüssen, mit denen der Bundestag seine politischen Vorstellungen kundtun kann. Der Bundestag kann schlichte Parlamentsbeschlüsse nutzen, um über diese Empfehlung politischen Druck dort auszuüben, wo er keine Entscheidungskompetenz besitzt. Demgegenüber sind Gesetze allgemeinverbindliche, unmittelbar geltende Rechtssätze, mittels derer der Bundestag seiner Leitungsfunktion nachkommt. Die Interpretation des „Verweises“ als politische Willenserklärung steht damit quer zur Gesetzesqualität des Artikel 7 TerrorbekG und unterstreicht seinen politischen Charakter.

Aus den bisherigen inhaltlichen und gesetzestechnischen Untersuchungen des Artikel 7 TerrorbekG geht damit hervor, dass seine sicherheitspolitische Aussage als Grundsatzentscheidung zur (zukünftigen) Aufnahme weiterer biometrischer Merkmale in den Pass interpretiert werden muss. Es zeigt sich an dieser Interpretation als politische Willenserklärung, wie auch schon an der Grundsatzentscheidung ohne inhaltliche Umsetzung, dass Artikel 7 TerrorbekG in seinem sicherheitspolitischen Aspekt wenig Rechtscharakter ausweist. Durch seine Verabschiedung im Rahmen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes und durch die Gesetzesbegründungen legt Artikel 7 TerrorbekG die Verknüpfung von Daten aus den biometrischen Merkmalen mit anderen Dateien nahe, ordnet sie aber nicht explizit an. Deshalb wird erst mit der Verabschiedung des zukünftigen Gesetzes Klarheit über die Frage der Nutzung der biometrischen Daten und damit über den Zusammenhang mit der Terrorismusbekämpfung bestehen. In allen formellen und materiellen Punkten der Untersuchung hat sich gezeigt, dass eine Entscheidung nicht getroffen werden sollte.

37 Wenn schon eine Verweisung auf ein bestehendes Gesetz, die zur Unklarheit der Rechtslage führt, rechtswidrig ist, dann ist die Verweisung auf ein zukünftiges Gesetz „erst recht“ rechtswidrig, weil die Rechtslage nicht bekannt sein kann.

38 So: BVerfGE 47, 285, 311.

Inwiefern biometrische Merkmale den internationalen Terrorismus bekämpfen *können*, hängt von der Ausgestaltung des angekündigten Bundesgesetzes ab. Doch Artikel 7 TerrorbekG legt sich auf die Überprüfung der Echtheit des Dokuments und die Identitätsprüfung des Passinhabers fest, weshalb die sicherheitspolitische Grundentscheidung des Artikel 7 TerrorbekG nun daraufhin überprüft werden soll, ob sie die Sicherheitslage (auch nur) in dieser Hinsicht tatsächlich verbessert und ob sie den Verfassungsvorgaben zum Thema Sicherheit entspricht. Dann wäre das Ergreifen dieser Maßnahme sicherheitspolitisch begründet.

5. Biometrische Merkmale und innere Sicherheit

„Freiheit durch Sicherheit“ will Bundesinnenminister Otto Schily und behauptet, die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit sei gewahrt. Trotzdem „orientiert“ er sich an dem Grundrecht auf Sicherheit, denn es sei „ureigenste und vornehmste Aufgabe des Staates [...] in der Tat, dafür zu sorgen, dass die Sicherheit der Bürger und der innere Frieden gewahrt werden.“³⁹ Es ist nicht nur verständlich, sondern auch seine Aufgabe, die anstehenden Fragen aus dem Blickwinkel der Sicherheitsbelange zu betrachten. In einem demokratischen Rechtsstaat muss seine Auffassung, die Balance sei gewahrt, jedoch nicht übernommen, sondern sie darf und muss überprüft werden.

5.1. Der Terrorismus bedroht die innere Sicherheit

Häufig wurde seit dem 11. September 2001 die „innere Sicherheit“ in Gefahr gesehen, aber ist sie überhaupt betroffen? Und wenn ja, ist denn überhaupt die innere Sicherheit *Deutschlands* betroffen? Sicherheit kann in einem Verfassungsstaat unter verschiedenen Aspekten betrachtet werden: die Sicherheit des Staates, das Sicherheitsgefühl der Bürger, die „äußere“ oder die „innere Sicherheit“ der Bürger. Die Frage, ob Artikel 7 TerrorbekG die „richtige“ Sicherheit behandelt, hängt von dem Vergleich der Ursache mit ihrer Lösung auf der Grundlage der Verfassung ab. Erst danach ist zu fragen, wie sie in der Verfassung verankert ist, was „innere Sicherheit“ bedeutet und was daraus für die Beurteilung der biometrischen Merkmale folgt.

Betrachtet man den Anlass des Terrorismusbekämpfungsgesetzes, gewürdigt in der Gesetzesbegründung, könnte man den Eindruck bekommen, dass es sich um eine Frage der äußeren Sicherheit handelt. Sie scheint jedenfalls dann betroffen, wenn man die Anschläge vom 11. September 2001 mit der US-amerikanischen Regierung als kriegerische

39 Heribert Prantl/Hans Werner Kilz, Otto Schily ist Otto Schily, Interview mit Otto Schily in der Süddeutschen Zeitung vom 29. Oktober 2001, www.sueddeutsche.de/index.php?url=/deutschland/politik/28663/index.php (10. April 2002).

Handlung betrachtet.⁴⁰ Indes bleibt die Verbindung zur Bundesrepublik Deutschland durch diese Interpretation offen, da ihre äußere Sicherheit nicht durch einen wie auch immer gearteten Anschlag in den USA betroffen ist. Um diese Verbindung herzustellen, ist es erforderlich, den Anschlag nicht nur als einen solchen auf die USA, sondern als „Kriegserklärung gegen die gesamte zivilisierte Welt“⁴¹ aufzufassen. Alternativ dazu kann man den Zusammenhalt der „Demokraten“ fordern, „um den Frieden und die Freiheit in dieser Welt zu verteidigen“⁴². Erst durch solche Kriterien wird Deutschland in den Kreis der Betroffenen einbezogen.⁴³

Hinzu tritt die Einstufung der Attentate als Terrorismus, denn sie sagt etwas darüber aus, welche Sicherheit bedroht zu sein schien. Das eventuell hinter dem Attentat stehende politische Motiv qualifiziert den Mord aus der Sicht der Opfer als terroristische Tat, während die Täter sich im Allgemeinen als Widerstandskämpfer sehen.⁴⁴ Es soll hier jedoch keine Erörterung des Terrorismusbegriffes erfolgen – auch die UNO-Resolution 1373 vom 28. September 2001 konnte wohl vor allem deshalb so schnell und einmütig beschlossen werden, weil sie diese seit Jahren umstrittene Definition nicht wagte und stattdessen festlegte, was gegen Terrorismus zu tun sei. Es soll auch nicht die Verwerflichkeit der Tat durch die Reduktion des Terrorismus auf ein semantisches Problem geschmälert werden.⁴⁵ Es kommt allein darauf an, die gefundene Lösung anhand des Anlasses zu analysieren und so die von der terroristischen Tat bedrohte Sicherheit zu bestimmen. In dieser Hinsicht ist die Qualifikation der Tat als Terrorismus relevant, weil sie bedeutet, dass über das politische Motiv der Täter das Attentat auch als Bedrohung für die Sicherheit des Staates aufgefasst wurde. Durch die Übernahme der Kriegsvokabel einerseits und die Beurteilung der Anschläge als terroristischen Angriff auf die „zivilisierte Welt“ andererseits

40 Die UNO-Resolution und die erstmalige Erklärung des NATO-Beistandsfalls, wie im übrigen auch die Solidaritätsbekundungen fast aller Staaten, machen die Differenzierung zwischen US-amerikanischer und anderer Sichtweise an sich obsolet. Es soll hier auch nur verdeutlicht werden, wie die Argumentation verlief.

41 Bundeskanzler Gerhard Schröder, zitiert nach: Süddeutsche Zeitung vom 12. September 2001, S. 1.

42 Erklärung, die von den Parteivorsitzenden Gerhard Schröder (SPD), Angela Merkel (CDU), Edmund Stoiber (CSU), Claudia Roth und Fritz Kuhn (Bündnis 90/Die Grünen) und Gabi Zimmer (PDS) unterzeichnet wurde, zitiert nach Süddeutsche Zeitung vom 13. September 2001, S. 1.

43 Dies gilt umso mehr, als es kein Bekennerschreiben gab, aus dem etwaige Gründe oder Forderungen und deren Adressaten, also auch die Betroffenheit der Bundesrepublik Deutschland, hervorgingen.

44 „Terrorismus“ sagte Schily 1977 in der Verteidigung Gudrun Ensslins, „ist eine propagandistische Schablone, nichts anderes. Die amerikanischen Befreiungskämpfer gegen die britische Kolonialmacht wurden als Terroristen diffamiert. Terroristen nannte Goebbels die russischen Partisanen und die französischen Widerstandskämpfer“. „Terroristen nennt man heute Befreiungskämpfer in Rhodesien.. [es folgen viele Beispiele]. Eingedenk solcher Traditionen sei es „nahezu ein Ehrenname für die Gefangenen der Rote-Armee-Fraktion, wenn man sie Terroristen nennt“, zitiert nach: Sabine Rückert, Der doppelte Otto, in: Die Zeit, Nr. 48/2001, www.zeit.de/2001/48/Politik/print_200148_schily.html (10. April 2002).

45 Die inflationäre Zunahme der terroristischen Gruppierungen nach dem 11. September im internationalen Sprachgebrauch scheint allerdings für die Aktualität und Berechtigung von Schilys Ausführungen von 1977 (in Anm. 44) zu sprechen. Diese sind zwar provokant, weisen aber auf den Zusammenhang von nicht akzeptierter staatlicher Herrschaft und Widerstand/Terrorismus hin.

spielt die Bundesregierung also auf die Betroffenheit sowohl der äußeren Sicherheit als auch der Sicherheit des Staates Bundesrepublik Deutschland an.

Das Passrecht als hier untersuchter Gegenstand des Terrorismusbekämpfungsgesetzes gehört aber zu den als sicherheitspolizeilich eingestuften Aufgaben.⁴⁶ Betrachtet man deshalb den Artikel 7 TerrorbekG, handelt es sich um eine Frage der „inneren Sicherheit“. Wie kommt es, dass aus einer als Bedrohung für die äußere Sicherheit eingestuften Lage Konsequenzen gezogen werden, die in den Bereich der inneren Sicherheit gehören? Die Haltung der Bundesregierung in der Frage, welche Sicherheit Deutschlands betroffen ist, kann nachträglich als schwankend oder auch unklar bezeichnet werden. Dies symbolisiert eine Regierungserklärung, in der Bundeskanzler Schröder die nun in Kraft getretenen Gesetzesänderungen in Form des Terrorismusbekämpfungsgesetzes wegen der von Deutschland erwarteten „aktiven Solidarität“ als verantwortungsvolles Handeln einfordert, um gleichzeitig „genauso unmissverständlich [festzuhalten]: Der Standard der inneren Sicherheit in Deutschland genügt höchsten Ansprüchen“⁴⁷. Auch eine direkte Bedrohung der Sicherheitslage in Deutschland behauptet die Bundesregierung nicht. Vielmehr gebe es „[...] im Moment [...] keine konkreten Hinweise auf akute Bedrohungen durch terroristische Anschläge [Auslassung, C.K.]“⁴⁸.

Wenn es so ist, dass die Sicherheit höchsten Anforderungen genügt und die Sicherheitslage im Übrigen auch nicht angespannt ist, wäre eine detaillierte Erläuterung, warum und in welchem Punkt die Sicherheitslage Deutschlands Lücken aufweist, in der Gesetzesbegründung zu erwarten. Diese Erklärung dürfte vor allem bei dem in Artikel 7 TerrorbekG angegebenen Verwendungszweck Probleme machen, weil die deutschen Pässe nahezu 100 Prozent fälschungssicher sind.⁴⁹ Eine solche Erklärung würde dann auch den Grundvoraussetzungen legitimer Gesetze im Sinne von Offenheit, „Ehrlichkeit“ und Klarheit⁵⁰ entsprechen. Eine solche Begründung wird aber zumindest für Artikel 7 TerrorbekG nicht gegeben. Stattdessen versichert Bundeskanzler Schröder, „dass die Menschen in Deutschland auf eins bauen können: Wir tun alles in unserer Macht stehende, um die Sicherheit der Bürgerinnen und Bürger in unserem Land zu gewährleisten“⁵¹. Die Gesamtschau der Äußerungen des Bundeskanzlers deuten darauf hin, dass die Bundesregierung im Wesentlichen das Sicherheitsgefühl der Bürger tangiert sieht und aus diesem Grund Maßnahmen im Wege des Terrorismusbekämpfungsgesetzes durchsetzt, um die Handlungsfähigkeit der Bundesregierung zu demonstrieren.

46 Isensee/Kirchhof, a.a.O. (Anm. 17), Rdnr. 4.

47 Bulletin der Bundesregierung, Nr. 69-1 vom 12. Oktober 2001, zu bestellen unter bulletin@bpa.bund.de.

48 Bulletin der Bundesregierung, ebenda.

49 „tendiert gegen Null“, Vorwort zum 30. Tätigkeitsbericht (2001) des Hessischen Datenschutzbeauftragten, www.datenschutz.hessen.de/TB30/K01P01.htm (25. März 2002).

50 Vgl. hierzu Friedrich-Christian Schröder, Unaufrichtigkeit des Gesetzes, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, Nr. 11, November 1992, S. 409.

51 Bulletin der Bundesregierung, a.a.O. (Anm. 47).

Die Beurteilung der Frage, ob die Bundesregierung im Terrorismusbekämpfungsgesetz grundsätzlich mit der richtigen Stoßrichtung vorging, muss aber auf der Basis des in der Begründung angegebenen Anlasses erfolgen. Es handelt sich hierbei um die Anschläge vom 11. September 2001: Zivile Luftverkehrsmaschinen wurden in zivile, beziehungsweise staatliche Gebäude gelenkt, mehrere tausend Menschen fanden dadurch ihren gewaltsamen Tod. Strafrechtlich wird diese Handlung als mehrtausendfacher Mord bezeichnet. In erster Linie handelt es sich bei dem Anlass des Terrorismusbekämpfungsgesetzes daher um ein Verbrechen.⁵² Verbrechensbekämpfung⁵³, vor allem auch der Kampf gegen Terrorismus⁵⁴, sind Aufgabe des Staates mit dem Ziel, die „innere Sicherheit“ und damit den „inneren Frieden“ zu sichern.⁵⁵ Insofern – wenn man mit der Bundesregierung die Auffassung von der potenziellen Betroffenheit der Bundesrepublik Deutschland teilt – wurde die Bedrohungslage auch zutreffend als Problem der inneren, nicht der äußeren Sicherheit behandelt. Nachdem die innere Sicherheit als Ziel der gesetzgeberischen Maßnahme herausgearbeitet wurde, gilt es, die gefundene Lösung des Terrorismusbekämpfungsgesetzes an der Verfassung zu messen. Hierfür werden zunächst die Verfassungsvorgaben zu Maßnahmen auf dem Gebiet der inneren Sicherheit dargestellt, um dann nach der Effektivität oder Geeignetheit der biometrischen Merkmale für dieses Ziel zu fragen.

5.2. Die innere Sicherheit in der Verfassung

Wenn man den Begriff der inneren Sicherheit im Grundgesetz mit einer Rechtsfolge: „vom Staat zu sichern!“ sucht, wird man enttäuscht. Weder eine Definition noch eine Umschreibung, beispielsweise durch einen Aufgabenkatalog, sind im Grundgesetz enthalten, weshalb Sachzusammenhänge (wie vor allem die „Verbrechensbekämpfung“) über die Zuordnung eines Themas zur „inneren Sicherheit“ entscheiden.⁵⁶ Letztlich muss die Frage, durch welche Organe, mit welchen Kompetenzen und in welchen Verfahren der Staat die innere Sicherheit gewährleistet, aus den im ganzen Grundgesetz verstreuten Bestimmungen zusammengesetzt werden.⁵⁷ Gleichzeitig bedarf jede staatliche Maßnahme einer verfassungsrechtlichen Grundlage. Sie darf weder in ihrem Ziel, noch in ihrer Ausgestaltung gegen die Verfassung verstoßen. Die lösungsorientierte Beschäftigung der Verfassung mit der vom Staat zu gewährleistenden Sicherheit seiner Bürger resultiert daraus, dass sie als Staatsaufgabe⁵⁸, als Staatszweck zur Herstellung des inneren Friedens⁵⁹ angese-

52 Vgl. dazu auch die Analyse des 11. September 2001 und seine Einordnung in der Entwicklung des Terrorismus: Harald Müller, Den Schock verarbeiten, Frankfurt/M., HSFK-Standpunkte, Nr. 4, 2001, der die Tat gleichzeitig als Verbrechen und als Terrorismus ansieht.

53 Isensee/Kirchhof, a.a.O. (Anm. 17), Rdnr. 4.

54 Isensee/Kirchhof, a.a.O. (Anm. 17), Rdnr. 6.

55 Isensee/Kirchhof, a.a.O. (Anm. 17), Rdnr. 6.

56 Isensee/Kirchhof, a.a.O. (Anm. 17), Rdnr. 4.

57 So: Isensee/Kirchhof, a.a.O. (Anm. 17), Rdnr. 2.

58 Isensee/Kirchhof, a.a.O. (Anm. 17), Band 1, 1995, (2. Auflage), § 13: Staat und Verfassung, Bearbeiter Josef Isensee, Rdnr. 79.

hen wird und daher bei der Abfassung des Grundgesetzes als Selbstverständlichkeit mitgedacht wurde. Deshalb könnte sich die Tätigkeit des Gesetzgebers zur Gewährleistung der inneren Sicherheit mit staatsphilosophischen Argumenten begründen lassen.

5.2.1. Die staatsphilosophische Begründung der staatlichen Handlungspflicht

Die Grundauffassung über und zum Staat als Garant der Sicherheit hat eine lange Theorietradition, die sich aus der Auseinandersetzung der Staatsphilosophen mit der sie umgebenden Wirklichkeit und in der Weiterentwicklung bestehender Theoriemodelle entwickelt hat.⁶⁰ In Deutschland jedenfalls wird erst seit dem 19. Jahrhundert dem Wort „Staat“ allgemein der mit oberster Herrschaftsgewalt ausgestattete Herrschaftsverbund zugeordnet.⁶¹

Den Ausgangspunkt stellt nicht eine europäische Tradition von einer umfassenden Staatsgewalt dar. Vielmehr kann Gewaltenteilung, oder negativ, die Zersplitterung der politischen Kompetenzen seit dem Zerfall Roms, als europäische Grundkonstante bezeichnet werden. Die Trennung von Staat und Kirche einerseits, das aus der Materialisierung des Lehens entstandene Ständesystem andererseits⁶² bewirkten einen innerstaatlichen Machtpluralismus, der der Macht des Königs vielfältige Grenzen setzte und ihn von der Akzeptanz durch die Stände abhängig machte.⁶³ Das Instrument, welches dem Staat zu seinem umfassenden Herrschaftsanspruch verhalf, sollte im 16. Jahrhundert von Jean Bodin als Reaktion auf die Religionskriege formuliert werden: „*République est un droit gouvernement de plusieurs mesnages et de ce qui leurs et commun, avec puissance souveraine* [Hervorheb. C.K.]“⁶⁴. Die staatliche Souveränität ist als absolute und zeitlich unbegrenzte Gewalt, als Monopol der Gewaltanwendung zu verstehen⁶⁵ und die Staatsgewalt ist damit das Mittel, welches den Staat einerseits in die Lage zur Gewährleistung innerer Sicherheit versetzt⁶⁶ und gleichzeitig den Staat dadurch charakterisiert.⁶⁷ Als ultima ratio verfügt er über das Gewaltmonopol: Wenn überhaupt eine Form der Gewalt legitim ist,

59 Vgl. Isensee/Kirchhof, a.a.O. (Anm. 17), Band 3, § 58: Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, Bearbeiter Roman Herzog, Rdnr. 24.

60 Für Bodin: Reinhold Zippelius, „Allgemeine Staatslehre“, 11. Auflage, München, 1991, zitiert: Zippelius, § 9 S. 53 und 56; zum Kreislauf von Theorie und Wirklichkeit: Hans Herbert von Arnim, „Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland“, München, 1984, zitiert: von Arnim, S. 16; Zippelius bezeichnet den Staat (und das garantierte Recht) insgesamt als das Ergebnis einer historischen Entwicklung, ein Produkt fortschreitender Zivilisation; § 8 S. 48, so auch: von Arnim, S. 15.

61 Zippelius, ebenda, § 9, S. 56.

62 Vgl. Zippelius, a.a.O. (Anm. 60), § 9, S. 55.

63 Vgl. Hagen Schulze, Staat und Nation in der europäischen Geschichte, München, 1999, zitiert: Schulze, S. 35 ff.; von Arnim, a.a.O. (Anm. 60), S. 18.

64 Zitiert nach: Schulze, ebenda, S. 65.

65 Vgl. Schulze, ebenda, S. 66; von Arnim, a.a.O. (Anm. 60), S. 19.

66 Zippelius, a.a.O. (Anm. 60), § 9, S. 52.

67 Vgl. Isensee/Kirchhof, a.a.O. (Anm. 17), § 13: Staat und Verfassung, Bearbeiter: Josef Isensee, Rdnr. 96.

dann die staatliche.⁶⁸ Der moderne Staat ist damit von seiner Theorie und Konzeption her darauf angelegt, physische Gewalt unter den Staatsbürgern zu unterbinden, was seine Friedensfunktion in elementarer Weise ausmacht.

Indem sie den Tod von Menschen herbeiführen, fordern terroristische Gewalttaten das Gewaltmonopol des Staates in extremer Weise heraus und stellen dadurch den Kern der Staatsaufgabe „innere Sicherheit“ in Frage. Weil die strafrechtliche Verfolgung von Attentätern über §§ 211, 212 StGB (Verbot von Mord und Totschlag) hinaus keiner Normierung bedarf, kann es dem Terrorismusbekämpfungsgesetz nicht um die Ahndung der Attentate und damit um die repressive Durchsetzung des Gewaltmonopols gehen. Dies liegt nicht nur daran, dass es sich um Selbstmordattentate handelte und so „nur“ Hintermänner und Gehilfen bestraft werden können. Terrorismusbekämpfung muss die Verhinderung solcher Attentate zum Ziel haben und das Gesetz eine präventive Stossrichtung verfolgen.⁶⁹ Genau dies stellt auch das von dem Terrorismusbekämpfungsgesetz verfolgte Ziel dar, wie die Gesetzesbegründung zeigt, wenn sie von Gefahrenabwehr, von einem Sicherheitskonzept und von der Bekämpfung der terroristischen Bedrohung als polizeiliche Aufgabe spricht.

Deutlich wird aber, dass die staatsphilosophischen Bezüge Staatstätigkeit abdecken, wenn sie auf innere Sicherheit (auch präventive Verbrechensbekämpfung) und inneren Frieden (Durchsetzung der §§ 211, 212 StGB) gerichtet ist. Sie liefern aber keine Hinweise zur Art und Weise der Ausübung sowie den Grenzen der Aufgabenerfüllung gerade im Hinblick auf präventive Staatstätigkeit. Die Zuordnung einzelner Normen zur inneren Sicherheit, die Interpretation dieser Verfassungsnormen im Lichte der Staatsaufgabe „innere Sicherheit“ und die Frage, welche Grenzen der Staat bei der Erfüllung seiner Aufgabe einzuhalten hat, sind deshalb Gegenstand der wissenschaftlichen Diskussion.

5.2.2. Die Schutzpflicht des Staates aus dem Recht auf Leben

Gerade bei der Terrorismusbekämpfung kann man erwägen, eine Handlungspflicht des Staates aus dem Recht auf Leben (Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 GG) abzuleiten. Das Bundesverfassungsgericht lehnt es zwar im Allgemeinen ab, der Verfassung gesetzgeberische Handlungspflichten zu entnehmen. Dies wird mit der Einschätzungsprärogative des Bundestages begründet, denn eine verfassungsrechtliche Handlungspflicht des Bundestages anzuerkennen hieße, den Bundestag in seiner politischen Leitungsfunktion einzuschränken.

Ein Teil der Literatur liest das Recht auf Leben aus Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 GG dennoch als Handlungspflicht des Gesetzgebers. In diesem Sinne wird argumentiert, dass die in der Verfassung enthaltenen Grundrechte insgesamt Schutzgüter definierten.⁷⁰ Diese

68 Isensee/Kirchhof, a.a.O. (Anm. 17), § 13: Staat und Verfassung, Bearbeiter: Josef Isensee, Rdnr. 78.

69 Dazu Harald Müller, a.a.O. (Anm. 52), S. 4.

70 So: Isensee/Kirchhof, a.a.O. (Anm. 17), § 13: Staat und Verfassung, Bearbeiter: Josef Isensee, Rdnr. 81.

Schutzgüter sind den Grundrechten zwar nur „mehr oder weniger deutlich“⁷¹ zu entnehmen. Trotzdem ist das Bundesverfassungsgericht in mehreren Entscheidungen, die sich teilweise aus der Auseinandersetzung des Staates mit Terrorismus ergaben, dieser Argumentation gefolgt. Zuerst in seiner Entscheidung zur Fristenlösung⁷², dann in den Entscheidungen zur Entführung Schleyers, zum Kontaktsperregesetz⁷³ sowie zu den Atomkraftwerken Kalkar⁷⁴ und Mühlheim Kärlich⁷⁵ beziehungsweise zum Fluglärmgesetz⁷⁶ stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass den Staat eine Pflicht treffe, „sich schützend und fördernd“ vor die in den Grundrechten genannten Rechtsgüter zu stellen und sie „insbesondere vor rechtswidrigen Eingriffen vonseiten anderer zu bewahren“.⁷⁷

Aus diesen Urteilen lässt sich eine staatliche Handlungspflicht herleiten, die die innere Sicherheit der Bürger im Kern betrifft: den Schutz des Lebens als Existenzgrund des Staates. Was aber können biometrische Merkmale, was kann die „fertige“ Gesetzesänderung in dieser Hinsicht leisten? Artikel 7 TerrorbekG versucht, den Schutz der Bürger vor Terrorismus durch die eindeutige Identifikation des Passinhabers und die Eindämmung der Passfälschung zu ermöglichen, wobei schon Zweifel an einem solchen Zusammenhang geäußert wurden. Durch Verknüpfung der Daten aus den biometrischen Merkmalen könnte unter der Voraussetzung, dass tatsächlich internationale Terroristen deutsche Pässe zur Tarnung fälschen und einsetzen, ein größerer Erfolg in der Terrorismusbekämpfung erreicht werden. Da Artikel 7 TerrorbekG jedoch über die beabsichtigte anderweitige Nutzung/Verwendung schweigt, soll an dieser Stelle nur herausgearbeitet werden, inwiefern die biometrischen Merkmale den genannten Zweck, also die zweifelsfreie Identifikation des Passinhabers und die Überprüfung des Dokuments, erreichen können.

5.3. Die Schwächen biometrischer Verfahren und ihr Sicherheitserfolg

Die Einführung biometrischer Merkmale in den Pass kann mit dem Argument des hohen organisatorischen, technischen und somit auch finanziellen Aufwandes (so müsste nicht nur jede Polizeidienststelle mit entsprechenden Lesegeräten ausgestattet werden, sondern auch jeder zur Ausweiskontrolle befugte Beamte) oder auch mit dem Argument des zeitlichen Aufwandes als ungeeignet und undurchführbar kritisiert werden.⁷⁸ Böswillige Inter-

71 Isensee/Kirchhof, a.a.O. (Anm. 17), § 58: Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, Bearbeiter Roman Herzog, Rdnr. 31.

72 BVerfGE 39, 1, 41 ff.

73 BVerfGE 49, 24, 53.

74 BVerfGE 49, 89, 140 ff.

75 BVerfGE 53, 30, 57.

76 BVerfGE 56, 54, 73 ff.

77 BVerfGE 46, 160, 164.

78 Allgemein „ungeeignet“ Garstka, zitiert nach: die tageszeitung vom 28. November 2001, Seite 4; ungeeignet zur kurzfristigen Terrorismusbekämpfung für viele: Entschließung anlässlich der 62. Datenschutzkonferenz des Bundes und der Länder vom 24.–26. Oktober 2001 in Münster; Stellungnahme des

preten vermuten daher, es gehe in Wirklichkeit darum, „eine Totalerfassung von Fingerabdrücken und Gesichtern der deutschen Bevölkerung durchzuführen“,⁷⁹ während moderate Stimmen zumindest warnen, dass der Schritt zur Erfassung aller Deutschen in einer Datenbank nicht weit sei.⁸⁰ Die geplante bundesweite Zentraldatei, zum Zeitpunkt der zitierten Aussagen noch im Gespräch, wurde zwar inzwischen ausgeschlossen.⁸¹ Wie die Streichung des alten § 16 Absatz 1 Satz 1 PassG zwecks Aufnahme weiterer biometrischer Merkmale in den Pass gezeigt hat, lässt sich ein einfach-gesetzliches Verbot leicht ändern.⁸² Deshalb sollte auch das durch Artikel 7 Nr. 1 b Satz 5 TerrorbekG ausgesprochene Verbot der Zentraldatei nicht überbewertet werden. Wenn auch die organisatorischen und technischen Probleme überwunden werden können, ist zumindest der finanzielle Aufwand – zumal er von den Ländern und Kommunen zu bestreiten ist – nur sehr schwer zu bewältigen, vielleicht sogar überhaupt nicht.

Zur Beurteilung der Frage, ob biometrische Verfahren auch nur zur Identitätsprüfung zweifelsfrei geeignet sind, soll ein Blick auf ihre Schwächen und die mit ihnen verbundenen Gefahren geworfen werden. Als eine Schwäche der biometrischen Verfahren ist die mögliche Manipulation der Daten durch Hacker anzusehen.⁸³ Dies kann in einer so genannten Replay-Attacke erfolgen, die nur durch einen Kontrollmechanismus verhindert werden kann, der die Übereinstimmung der durch die Videokamera aufgezeichneten mit den in den Computer eingespeisten Daten gewährleistet.⁸⁴ Durch eine solche Replay-Attacke greift eine nicht berechtigte Person auf die Daten der berechtigten Person zu und nutzt diese, um sich als Berechtigte/r auszugeben.

Eine zweite Fälschungsmöglichkeit ist noch bedenkenwerter. Statt des Datenmissbrauchs ist es im Prinzip auch möglich, das biometrische Merkmal selbst zu fälschen,⁸⁵ denn die biometrischen Verfahren „identifizieren nicht Menschen, sondern Körper“.⁸⁶

Chaos Computer Club e.V.: www.ccc.de/CRD/CRD20011022.html (28.03.2002); Christian Rath, Bürger unter Generalverdacht, in: *die tageszeitung*, vom 28. November .2001, Seite 4.

79 Rath, ebenda, Seite 4.

80 Der Deutsche Richterbund, zitiert nach Joachim Käppner, Im Netz der Daten, in: *Süddeutsche Zeitung* vom 7. November 2001, www.sueddeutsche.de/computer/neuetechnik/software/29360//index.php (28. März 2002).

81 „Eine bundesweite Datei wird nicht eingerichtet.“, der neue § 4 Abs. 4 S. 2 PassG, eingefügt aufgrund der Stellungnahme des Innenausschusses, BT-Drucks. 14/7830.

82 Gerade aus diesem Grund müssen alle Möglichkeiten ausführlich diskutiert werden, die mit den gegenwärtigen gesetzlichen „Rechtsgrundlagen“ denkbar und umsetzbar sind. Vgl. dazu der Datenschutzauftragte des Bundes Joachim Jacob im Interview mit Walter Ludsteck, in: *Süddeutsche Zeitung*, 14. März 2002, www.sueddeutsche.de/computer/neuetechnik/software/38999//index.php (28. März 2002).

83 Vgl. dazu das Positionspapier der Konferenz der Datenschutzbeauftragten anlässlich der 63. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder vom 7.–8. März 2002.

84 So: Vacek/Scheffler, a.a.O. (Anm. 9).

85 Es ist nicht auszuschließen, dass nachgebildete Merkmale (Silikonabdrücke) biometrische Systeme überwinden können. Vgl. auch das Positionspapier der Konferenz der Datenschutzbeauftragten anlässlich der 63. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder vom 7.–8. März 2002.

86 US-Datenschutzexperte Simon Garfinkel, zitiert nach Vacek/Scheffler a.a.O. (Anm. 9).

Insgesamt kommt der Chaos-Computer Club e.V. in seiner Stellungnahme zu dem Schluss, dass die Speicherung von biometrischen Merkmalen das Problem der Verfälschbarkeit mitnichten löse, sondern es wiederum hervorbringe, wobei er als entscheidendes Problem die „verdeckten“, bzw. „verschlüsselten“ Merkmale ansieht.⁸⁷ Verwechslungen, falsch erhobene und falsch zugeordnete Merkmale sind Probleme der biometrischen Verfahren und die Verschlüsselung der Merkmale entzöge den Bürgerinnen und Bürgern die Möglichkeit, gegen diese objektive Unrichtigkeit der Datenspeicherung vorzugehen.⁸⁸ Zugegeben, die Datenkorruption oder das gefälschte biometrische Merkmal erscheinen im Fall der Identifikation eines Passinhabers als nicht sehr realistische Gefahr (der Beamte wird einen nachgemachten „toten“ von einem „lebendigen“ Daumen unterscheiden können).

Die eigentliche Schwäche der biometrischen Verfahren liegt deshalb sogar in ihrer Stärke: Die missbräuchliche Verwendung eines Merkmals aus welchem Grund auch immer (zum Beispiel um den Zugriff zum Bankkonto zu erreichen), schließt seinen zukünftigen Gebrauch für jedweden Zweck, damit auch den der Identitätsprüfung, aus. Denn: „stiehlt jemand Ihr Gesicht, haben Sie nicht einmal ein zweites“⁸⁹. Es kommt daher nicht nur auf ein bestimmtes Merkmal an. Darüber hinaus ist erforderlich, dass dieses im Pass verwendete Merkmal zu keinem anderen Zweck verwendet wird.⁹⁰ Nur so hat die Erfassung eines biometrischen Merkmals im Pass eine Chance, ihren Identifikations- und Überprüfungszweck auch langfristig zu erreichen und wird ein unzulässiges einheitliches Personenkennzeichen verhindert.⁹¹

Aber selbst unter diesen „optimalen“ Umständen gibt es eine Reihe von Argumenten gegen den Einsatz biometrischer Verfahren im Pass. Grundlegend gegen die Einführung biometrischer Verfahren zu diesem Zeitpunkt spricht, dass die Tauglichkeit keines der möglichen Merkmale auch nur zur Identitätsfeststellung empirisch erwiesen ist.⁹² Als FER (False Enrollment Rate) wird daher die Quote der nicht „geglückten“ Identifikationen trotz objektiver Übereinstimmung der gespeicherten Daten und mit dem Passinhaber bezeichnet.⁹³ Dies liegt daran, dass manche Menschen Merkmale haben, die nicht für

87 Der Zweck der Verschlüsselung besteht darin, die Daten gegen Missbrauch vor alltäglichem Zugriff zu schützen. Den Zugriff Interessierter kann die Verschlüsselung nicht wirklich verhindern: das Positionspapier der Konferenz der Datenschutzbeauftragten anlässlich der 63. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder vom 7.–8. März 2002.

88 Stellungnahme des Chaos Computer Club e.V.: www.ccc.de/CRD/CRD20011022.html (28. März 2002).

89 Vacek/Scheffler, a.a.O. (Anm. 9).

90 Das im Pass verwendete Merkmal sollte weder zu staatlichen noch zu privaten Zwecken verwendet werden. Vgl.: 30. Tätigkeitsbericht des Hessischen Datenschutzbeauftragten, Ziff. 2.

91 Positionspapier der Konferenz der Datenschutzbeauftragten anlässlich der 63. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder vom 7.–8. März 2002.

92 Macao ist das erste Land, in dem flächendeckend biometrische Merkmale/Systeme im Pass getestet werden.

93 Positionspapier der Konferenz der Datenschutzbeauftragten anlässlich der 63. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder vom 7.–8. März 2002.

biometrische Systeme geeignet sind oder sie nicht über bestimmte Merkmale verfügen. Vor der Einführung eines Merkmals wäre außerdem zu überprüfen, ob der Alterungsprozess sich auf die Identifikation der Person durch das Merkmal negativ auswirken könnte.⁹⁴ Als besonders gravierendes Problem aller biometrischen Verfahren ist die Zurückweisung Berechtigter und die Zulassung Unberechtigter anzusehen. Unbekannt ist, wie hoch deren jeweilige Quote ausfällt (FRR, False Rejection Rate und FAR, False Acceptance Rate).⁹⁵ Es handelt sich aus mehreren Gründen hierbei nicht um eine Lappalie. Abgesehen davon, dass das Sicherheitsziel durch diese Effekte nicht erreicht wird und die biometrischen Verfahren bei ihrem Versagen zu hohen Kosten führen, muss man sich die Folge der Zurückweisung eines Berechtigten vorstellen. Hier greift vor allem die Befürchtung, die biometrischen Merkmale könnten die Unschuldsvermutung umkehren, denn der eigentlich berechnete Passinhaber wird bei seiner Zurückweisung gegen die durch das biometrische Verfahren begründete Vermutung darlegen müssen, dass er er selbst ist und als solcher berechneter Passinhaber. Entsprechend schwierig gelagerten Schadensersatzfällen kann hier nur die Beweislastumkehr helfen. Dies verhindert allerdings nicht, dass der eigentlich berechnete Passinhaber ein Verfahren durchstehen muss, in dem seine Identität angezweifelt wird. Außerdem wird er (wenn man den Zusammenhang des Passes mit der Terrorismusbekämpfung voraussetzt) eine Überprüfung seiner Person auf einen eventuellen terroristischen Hintergrund erdulden müssen. Die Akzeptanz der Pässe und dieses Verfahrens dürfte bei einer erhöhten Zurückweisungsrate Berechtigter erheblich leiden. Fälschliche Zurückweisungen Berechtigter sind aber auch bei ständiger Verbesserung der Technik prinzipiell nicht zu vermeiden, wie die Datenschutzbeauftragten in ihrer Entscheidung zur 63. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder vom 7. bis 8. März 2002 feststellten. Die Tatsache, dass keines der Produkte hundertprozentig funktioniert, lässt auch den Projektleiter des von der Bundesregierung in Auftrag gegebenen Biotrust Projekts vor der Einführung eines Systems weitere Test fordern.⁹⁶

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass biometrische Systeme verwundbar und wahrscheinlich sogar ungeeignet sind, ihr Ziel zu erreichen. Noch dazu werden die Kosten ihrer Einführung so hoch sein, dass – abgesehen von der Kosten/Nutzen-Analyse – die Länder und Kommunen wohl gar nicht zur Umsetzung in der Lage sein dürften. Die beschriebene fundamentale technische Unkenntnis dürfte neben dem Entscheidungsprozess auf EU-Ebene ein wesentlicher Grund für die bemängelte Entscheidungslosigkeit des Artikels 7 TerrorbekG sein.

Neben ihren Vorteilen für die staatliche Kontrolle bergen die biometrischen Verfahren erhebliche Gefahren der Falschverdächtigung und Verwechslung für jeden Bürger. Die

94 Positionspapier der Konferenz der Datenschutzbeauftragten anlässlich der 63. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder vom 7.–8. März 2002.

95 Positionspapier der Konferenz der Datenschutzbeauftragten anlässlich der 63. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder vom 7.–8. März 2002.

96 Zitiert nach: Süddeutsche Zeitung vom 6. März 2002, szonnet.diz-muenchen.de/REGIS_A13954604 (28. März 2002).

vielfältigen Verwendungsmöglichkeiten der aus den biometrischen Merkmalen gewonnenen Daten, zum Beispiel zur Kriminalitätsbekämpfung per Computer-Rasterfahndung⁹⁷ oder zum Abgleich mit Videomaterial aus Demonstrationen bilden aber die wirkliche Gefahr der biometrischen Merkmale. Es kommt für die Beurteilung der biometrischen Merkmale also auf die Verwendung des Datensatzes selbst an (wie schon das Bundesverfassungsgericht in dem Volkszählungsurteil formuliert hat⁹⁸). Deshalb ist die Tatsache, dass Artikel 7 TerrorbekG die Zweckbestimmung nicht unmissverständlich klärt und erst ein zukünftiges Gesetz die „Nutzung“ definiert, besonders schwerwiegend. Im Ergebnis bietet Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 GG den verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt für eine sicherheitspolitische Maßnahme, die das Ziel der Terrorismusbekämpfung verfolgt. In dem gegenwärtigen Stadium kann ein Bezug der biometrischen Merkmale zur Terrorismusbekämpfung allerdings nicht hergestellt werden. Betrachtet man den durch Fälschungssicherheit des Passes und Identifizierbarkeit des Passinhabers beabsichtigten Sicherheitsgewinn unabhängig von seinem Zusammenhang zur Terrorismusbekämpfung, ist dieser darüber hinaus noch nicht einmal unzweifelhaft und für alle Zeit gegeben. Dies rückt gleichzeitig den Freiheitsverlust in den Vordergrund.

6. Biometrische Merkmale und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Die in Daten übersetzten biometrischen Merkmale müssen so gespeichert werden, dass sie überall und zu jeder Zeit mit Pass und Passinhaber verglichen werden können. Deshalb sind die Zugangsberechtigung, die Dauer der Speicherung und vor allem ihre Verwendung maßgeblich zur Beurteilung der Erfassung biometrischer Merkmale im Pass. Diese Fragen werden von dem so genannten „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ umfasst.

Auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist als solches nicht explizit in der Verfassung benannt. Anlass seiner Feststellung war eine Verfassungsbeschwerde gegen das „Gesetz über Volks-, Berufs-, Wohnungs- und Arbeitsstättenzählung“ (Volkszählungsgesetz 1983). Durch dieses Gesetz sollten Angaben über den neuesten Stand der Bevölkerung, ihre räumliche Zusammensetzung nach demographischen wie sozialen Merkmalen sowie über ihre wirtschaftliche Betätigung als unentbehrliche Grundlage für gesellschaftspolitische Entscheidungen des Bundes, der Länder und Gemeinden gewonnen werden.⁹⁹ Die angeordnete Datenerhebung hat damals aber „Beunruhigung auch in solchen Teilen der Bevölkerung ausgelöst, die als loyale Staatsbürger das Recht und die

97 Süddeutsche Zeitung vom 23. September 2001, www.sueddeutsche.de/deutschland/politik/25178/index.php (28. März 2002).

98 BVerfGE 65, 1, 42

99 Aus der Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 9/451, S. 7 ff..

Pflicht des Staates respektieren, die für rationales und planvolles Handeln erforderlichen Informationen zu beschaffen“¹⁰⁰. Die Beschwerdeführer argumentierten mit einer vorhergehenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, indem sie beklagten, dass das Anonymitätsgebot des Grundgesetzes nicht gewahrt sei. Es dürfe kein Zusammenhang hergestellt werden können zwischen den erhobenen Daten und individualisierbaren Personen oder Personengruppen.¹⁰¹ Das Bundesverfassungsgericht sah zwar diejenigen Vorschriften des Volkszählungsgesetzes, die sich mit der Erhebung der Daten und dem Datensatz beschäftigen, nicht als problematisch an. Es ging in seiner Entscheidung aber intensiv auf die Folgen und Risiken der modernen Datenverarbeitung für die Demokratie ein. Zu dem Zusammenhang zwischen Datenverarbeitung, dem von ihr bedrohten Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Demokratie führte das Gericht Folgendes aus:

6.1. Die Nichtumsetzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

„Unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung [werde] der Schutz des Einzelnen gegen *unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe* seiner persönlichen Daten von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Artikels 2 Absatz 1 GG in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG umfasst [Hervorheb. C.K.]“.¹⁰²

Das Grundrecht gewährleistet insoweit die „Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe seiner persönlichen Daten zu bestimmen“.¹⁰³ Die eigenständige Qualität dieser Problematik hob das Gericht dadurch hervor, dass es dem Grundgesetz ein „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ als „neues“ Grundrecht entnahm. Es stellt damit die Kontrolle der Bürger über ihre Daten nicht nur unter den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Den besonderen Stellenwert des Grundrechts verdeutlicht auch die Kombination der Grundrechtsartikel: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Artikel 2 Absatz 1 GG) – *das* Freiheitsrecht – und die Menschenwürde (Artikel 1 Absatz 1 GG) werden verknüpft. Weil so die Betonung nicht nur auf der grundrechtlichen Begrenzung von Staatstätigkeit, sondern auf dem Ziel und Richtmaßstab aller Staatstätigkeit, dem Schutz der Menschenwürde, liegt, speist sich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung also auch aus dem „anthropozentrischen Charakter“¹⁰⁴ des Grundgesetzes. Damit hat das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, wenn es durch sicherheitspolitische Maßnahmen betroffen ist, die Aufgabe, der staatsfordernden Stossrichtung des Verfassungsrechts als Rechtfertigungsmaßstab begrenzend entgegenzutreten und so die Menschenwürde zur Geltung zu bringen.

100 BVerfGE 65, 1, 3.

101 BVerfGE 65, 1, 16.

102 Leitsatz 1, BVerfGE 65, 1.

103 Leitsatz 1, BVerfGE 65, 1.

104 Im Gegensatz zu anderen Verfassungen stellt das Grundgesetz mit seinem Artikel 1 die Menschenwürde (und den Grundrechtskatalog) vor der Staatsorganisation an den Anfang und bindet die Staatsorgane auch explizit an die Menschenwürde (Artikel 1 Absatz 3 GG).

Im Mittelpunkt der grundgesetzlichen Ordnung steht die Menschenwürde in der Demokratie aber auch deshalb, weil jeder Mensch „in freier Selbstbestimmung als Glied einer freien Gesellschaft wirkt“¹⁰⁵. Es sind vor allem die Speicherung, die Abrufbarkeit der Daten in Sekundenschnelle ohne Rücksicht auf Entfernungen und die Möglichkeit, aus der Verknüpfung von Datenbeständen ein Persönlichkeitsbild zusammenzustellen, welche nach Auffassung des Gerichts Gefährdungen für die freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Würde des Menschen beinhalten. Darüber hinaus stellt das Gericht aber als Komponente der freien Persönlichkeitsentfaltung den psychischen Druck öffentlicher Anteilnahme in den Vordergrund.¹⁰⁶ „Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungsfähigkeit und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlich demokratischen Gemeinwesens ist“.¹⁰⁷

Angesichts der Bedeutung von Freiheit und Selbstentfaltung in der Demokratie könne das Recht auf informationelle Selbstbestimmung daher nur durch ein normenklares Gesetz von „überwiegendem Allgemeininteresse“¹⁰⁸ eingeschränkt werden. Nicht nur an der Normenklarheit des Artikel 7 TerrorbekG kann indes gezweifelt werden. Es stellt sich für Artikel 7 darüber hinaus die Frage, ob der Gesetzeszweck von überwiegendem Allgemeininteresse ist. Läge das Ziel der biometrischen Merkmale tatsächlich in der Terrorismusbekämpfung (die Erreichbarkeit des Ziels vorausgesetzt), wäre das überwiegende Allgemeininteresse an der Aufnahme biometrischer Merkmale in den Pass nicht zu bezweifeln. Besteht ihr Zweck, wie es Artikel 7 TerrorbekG bisher vorsieht, jedoch nur in der Überprüfung der Echtheit des Dokumentes, beziehungsweise in der Identitätsprüfung des Passinhabers, kann an dem „überwiegenden Allgemeininteresse“ gezweifelt werden. In diesem Falle schlagen die freiheitssichernde Funktion des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, der bewirkte Schutz der Autonomie der Bürger und damit seine Aufgabe für die freiheitlich-demokratische Grundordnung gegen den intendierten Schutzzweck zu Buche.

Dann, wenn das normenklare Gesetz die Hürde des überwiegenden Allgemeininteresses überwunden hat, ist es daraufhin zu überprüfen, ob es die detaillierten Anforderungen erfüllt, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Volkszählungsurteil¹⁰⁹ für die grundrechtskonforme Ausgestaltung formulierte. „Angesichts der bereits dargelegten Gefährdung durch die Nutzung der automatischen Datenverarbeitung hat der Gesetzgeber mehr

105 BVerfGE 65, 1, 41.

106 Alles: BVerfGE 65, 1, 42.

107 BVerfGE 65, 1, 43.

108 Leitsatz 2: BVerfGE 65, 1.

109 Am Fehlen der vom Gericht formulierten Anforderungen scheiterte letztlich auch das Volkszählungsgesetz 1983.

als früher auch organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen[...] [Auslassung, C.K.]¹¹⁰“, um der Gefahr einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegenzuwirken. Als verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen fordert das Bundesverfassungsgericht neben Aufklärungspflichten, Auskunftspflichten und Löschungspflichten auch die Beteiligung unabhängiger Datenschutzbeauftragter.¹¹¹ Trotz der – seitens des Gerichts – detaillierten Ausformulierung der Voraussetzungen grundrechtskonformer Datenverarbeitung und der Bedeutung des Grundrechts enthält der hier interessierende Artikel 7 zu den Änderungen des Passgesetzes keine Aussagen zu den Fragen der Datenspeicherung und ihrer Verwendung. Vielmehr sollen auch die

„Art der *Speicherung*, ihrer *sonstigen Verarbeitung* und Nutzung [...] durch Bundesgesetz [Hervorheb. und Auslassung, C.K.] geregelt“ (Artikel 7 Nummer 1 b) TerrorbekG [neuer § 4 Abs. 4 S. 1 PassG])

werden. Weil er in diesem Fragenkomplex auf das zukünftige Gesetz verweist, kann Artikel 7 TerrorbekG offensichtlich nicht daraufhin überprüft werden, ob seine Schutzvorkehrungen zur Verhinderung des Datenmissbrauchs, zur Zugangskontrolle und zu den Löschungspflichten mit dem Volkszählungsurteil übereinstimmen.

6.2. Die Gesetzesqualität zwingt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu beachten

Nachdem nun feststeht, dass die sicherheitspolitische Grundsatzentscheidung (abgesehen vom Ausschluss der Zentraldatei) die einzige Aussage des Artikel 7 TerrorbekG ist, nähert man sich letztlich der grundlegenden Frage, ob dieses Gesetz überhaupt ein „Gesetz“ ist. Zweifel an der Gesetzesqualität von Artikel 7 TerrorbekG kommen auf, wenn man bestimmte qualitative Kriterien an Gesetze anlegt, die Gesetze von politischen Entscheidungen differenzieren. Medium der politischen Äußerung ist der so genannte schlichte Parlamentsbeschluss. Es handelt sich hierbei um ein Instrument, vermittels dessen sich der Bundestag politisch äußern kann. Im Gegensatz zu einer rein politischen Äußerung scheint ein Gesetz die in Recht gegossene politische Entscheidung zu sein. Die Erwartung geht dahin, dass ein Gesetz ein Problem löst, indem es eine Rechtsfolge beinhaltet. Entscheidend für die Tätigkeit des Bundestages sind dabei die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Gesetze.

Das Grundgesetz ist bei der Beantwortung der Frage, was ein Gesetz als solches qualifiziert, insofern nicht hilfreich, als es keine Legaldefinition eines „Gesetzes“¹¹² enthält. Im Gegenteil: Es verwendet den Begriff „Gesetz“ in vielen verschiedenen Artikeln, die eine unterschiedliche Bedeutung des Wortes nahe legen. Es entscheidet also jeweils die syste-

110 BVerfGE 65, 1, 44 und auch 2. Leitsatz.

111 BVerfGE 65, 1, 46.

112 Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hg.), Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 2 (Art. 20-78), 4. Auflage, München, 2000, Bearbeiter: Jochen Rozek, Artikel 70, Rz. 22.

matische Stellung sowie Sinn und Zweck der jeweiligen Grundgesetzbestimmung über die jeweilige Bedeutung des Wortes „Gesetz“.¹¹³ Dennoch muss eine Gemeinsamkeit zwischen allen „Gesetzen“ des Grundgesetzes bestehen, da sonst die einheitliche Verwendung desselben Begriffs sinnlos und willkürlich wäre.¹¹⁴

6.2.1. Artikel 7 TerrorbekG erfüllt die formalen Anforderungen an Gesetze

Weil die Frage aufgeworfen wurde, ob der Deutsche Bundestag ein Gesetz so verabschieden darf, wie er es mit Artikel 7 des Terrorismusbekämpfungsgesetzes getan hat, sind die Artikel 70 ff. GG zur Gesetzgebungskompetenz des Deutschen Bundestages heranzuziehen. Zu dem Gesetzesbegriff des Artikel 70 wird vertreten, dass eine staatliche Anordnung dann Gesetz sei, wenn sie von den (zur Gesetzgebung) zuständigen Organen in dem dafür vorgesehenen Verfahren und der dafür vorgesehenen Form erlassen wird.¹¹⁵ Mit diesen oder ähnlichen Formulierungen kommen alle Kommentare zum Gesetzesbegriff des Artikel 70 GG zu dem Ergebnis, es liege kein materieller Gesetzesbegriff, sondern ein „formalisierter Gesetzesbegriff“ zugrunde. Formalisiert bedeutet, dass es bei der Frage der Gesetzesqualität grundsätzlich nicht auf den Inhalt der Norm, sondern auf einzuhaltende Formalia: Zuständigkeit, Verfahren, Form ankommt. In dem hier vorliegenden Fall steht fest, dass der Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz aus Artikel 71, 73 Nr. 3 GG zur Regelung des Passwesens inne hat. Soweit Verfahrens- und Formvorschriften in den Artikeln 76-82 GG enthalten sind, wurden diese dem Wortlaut entsprechend in vorliegendem Gesetzgebungsverfahren eingehalten. Entschieden alleine diese drei Kriterien über die Gesetzesqualität des Artikel 7 Terrorismusbekämpfungsgesetz, wäre sie also zu bejahen. „Formalisiert“ bedeutet aber auch, dass die Formalia nicht allein entscheidend sein können, weil man sonst von einem formalen Gesetzesbegriff sprechen müsste. In diesem Zusammenhang wird nun das allen Gesetzesbegriffen gemeinsame „Vorverständnis“¹¹⁶ relevant, aus dem sich die Ablehnung der Gesetzesqualität für Artikel 7 TerrorbekG ergeben könnte.

6.2.2. Das rechtliche Element eines Gesetzes ist in Artikel 7 nur schwach ausgeprägt

Dieses Vorverständnis entwickelte Roellecke aus dem Gesetzesbegriff der Staatstheorien¹¹⁷ und stellte fest, dass die Trias: Gesetzgeber, Regelung, Gesetzgebungsadressat den kleinsten gemeinsamen Nenner zum Gesetzesbegriff darstellt.¹¹⁸ Gesetzgeber und Adressat qualifizieren Artikel 7 TerrorbekG auch im Sinne dieses Vorverständnisses als Gesetz. Offen bleibt das Kriterium der Regelung.

113 Ebenda, Artikel 70, Rdnr. 22.

114 Gerd Roellecke, Der Begriff des positiven Gesetzes und das Grundgesetz, Mainz, 1969, S. 17.

115 von Mangoldt/Klein/Starck, a.a.O. (Anm. 112), Bearbeiter Rozek, Artikel 70, Rz. 22.

116 Roellecke, a.a.O. (Anm. 114), S. 20.

117 Er untersucht Hobbes, Rousseau, Marx/Engels, Schmitt, Kelsen, Smend und Krüger.

118 Vgl. Roellecke, a.a.O. (Anm. 114), S. 91.

Die Kommentare verwenden als Umschreibung des Gesetzesbegriffs formale Kriterien, unter denen auch der Begriff der Regelung auftaucht: mit Rechtsverbindlichkeit¹¹⁹ ausgestattet, Rechtsbefehle¹²⁰, Anordnungen¹²¹, Hoheitsakt¹²², Konzentration von Entscheidungs- und Regelungsbefugnis durch die Verfassungsordnung des Grundgesetzes beim Bundestag.¹²³ Gesetz bezeichnet damit etwas *rechtlich* Festgestelltes¹²⁴: „das Gesetz soll wie eingepflanzt feststehen“¹²⁵. Aus diesen Definitionen geht das Kriterium der Entscheidung sowie des Rechtscharakters für Gesetze hervor. „Zwar hat sich das dem Konstitutionalismus verhaftete Laband-Jellineksche Verständnis des Rechtssatzes als ‚sozialer Schrankenziehung‘ [...] über die Anschützsche Formel vom Rechtssatz als Eingriff in Freiheit und Eigentum fortentwickelt zu der heute vorwiegend vertretenen Erklärung des Gesetzes als abstrakt-generellen Rechtssatzes und damit jedenfalls dann zu einem inhaltlich nicht gebundenen Gesetzesbegriff, wenn man den Rechtssatz auf der Grundlage der Kelsenschen Formel ‚Staatsfunktion ist Rechtsfunktion‘ schlicht als Regelung begreift [Auslassung, C.K.]“¹²⁶.

Die Entwicklung des Gesetzgebungsbegriffs zeigt im Sinne dieser Auffassung eindeutig eine Ausweitung desselben in Richtung einer inhaltlich grundsätzlich ungebundenen Regelung. Verbunden damit ist aber die Rechtsfunktion, woraus sich als typisches Merkmal des Gesetzes der Rechtsfolgencharakter ergibt. Gerade daran mangelt es aber Artikel 7 TerrorbekG.

Demgegenüber stellt die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts materielle Gesichtspunkte zur Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes in den Vordergrund: Gesetze müssen den Gleichheitsgrundsatz und das Verhältnismäßigkeitserfordernis beachten. Aus dem Rechtsstaatsprinzip¹²⁷ zieht das Bundesverfassungsgericht als ein formales Kriterium, dass Gesetze nicht unbestimmt und unklar sein dürfen.¹²⁸ Weil von der Judikativen die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers (entsprechend der Parlamentssouve-

119 von Mangoldt/Klein/Starck, a.a.O. (Anm. 112), Bearbeiter: Johannes Masing, Artikel 77, Rz. 14.

120 Rudolf Wassermann: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, zitiert AK (Bearbeiter), Bd. 2 (Art. 21-146), Neuwied, Darmstadt, 1984, Bearbeiter: Jürgen Jekewitz, Artikel 76, Rz. 1.

121 von Mangoldt/Klein/, Bearbeiter a.a.O. (Anm. 112), Artikel 70, Rz. 22.

122 Ingo von Münch/Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 3 (Art. 70- 146), 3. Auflage, München, 1996, Bearbeiter Brun-Otto Bryde, Artikel 70, Rz.2.

123 AK- Erhard Denninger, a.a.O. (Anm. 120), Artikel 70, Rz. 1.

124 Schneider, a.a.O. (Anm. 34), Rdnr. 14.

125 Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Auflage; Berlin, New York 1994, § 30: Gesetzgebung, Bearbeiter: Erich Bülow, § 30 Rdnr. 1.

126 Norbert Achterberg, Kriterien des Gesetzesbegriffs unter dem Grundgesetz, Die öffentliche Verwaltung, 1973, S. 291.

127 von Münch/Kunig a.a.O. (Anm. 123), Artikel 20, Bearbeiter Friedrich E. Schnapp; Streit herrscht über die Frage, wo im GG das Rechtsstaatsprinzip verankert ist, und ob es einen eigenständigen Aussagegehalt hat: von manchen in Artikel 20 II GG verortet, ergeben sich für andere aus einer „kombinatorischen Zusammenschau von Artikel 20 mit anderen Verfassungsbestimmungen“ dogmatische Figuren, die ein Eigenleben entwickeln und insgesamt dem Rechtsstaatsprinzip zugeordnet werden.

128 Schneider, a.a.O. (Anm. 34), Rdnr. 64.

ränität) zu beachten ist, führt dies zu einer sehr eingeschränkten Überprüfung der Gesetze seitens der Gerichte. Nur „im Einzelfall“¹²⁹ sind sie daher wegen Verstoßes gegen rechtsstaatliche Grundsätze nichtig. Auslegungsfähige und -bedürftige Begriffe, deren Inhalt mit juristischen Auslegungsmethoden entwickelt werden kann, führen deshalb nicht schon zur Verfassungswidrigkeit wegen Unbestimmtheit.¹³⁰ Dennoch muss ein Gesetz seinen wirklichen Inhalt zum Ausdruck bringen, so dass eine Widersprüchlichkeit des Gesetzeswortlauts zur Nichtigkeit aufgrund des aus dem Rechtsstaatsprinzips folgenden Bestimmtheitsgebots führen kann.¹³¹

Ist also Artikel 7 Terrorismusbekämpfungsgesetz nur auslegungsfähig, und lässt er seinen wirklichen Inhalt erkennen? Wenn man ihn als Grundsatzentscheidung zur Aufnahme biometrischer Merkmale begreift, ist er nicht als widersprüchlich, nicht einmal als auslegungsbedürftig zu bezeichnen. Gleichzeitig fehlt der freiheitssichernde Teil, bis auf den Ausschluss der Zentraldatei, komplett. Dies kann aus anderen Gründen bemängelt werden, aber widersprüchlich und auslegungsbedürftig wird Artikel 7 TerrorbekG dadurch nicht. Für Artikel 7 TerrorbekG bedeutet dies, dass er die formalen Kriterien des Bundesverfassungsgerichts erfüllt, weil die Gerichte den gesetzgeberischen Entscheidungsspielraum hoch bewerten müssen. Andererseits scheint dann, wenn man Artikel 7 TerrorbekG die Gesetzesqualität zugesteht, der Rechtssatz keinen Unterschied mehr aufzuweisen zu einer politischen Entscheidung. Im Sinne der Entwicklung des Gesetzesbegriffs hat sich Artikel 7 TerrorbekG einen weiteren Schritt wegbewegt von einer inhaltlich nicht festgelegten „Regelung mit Folgen“, nämlich Rechtsfolgen, hin zur politischen Entscheidung.

Neben dem Kriterium der Regelung kann das Gesetz auch durch seine Funktion bestimmt werden. Das Gesetz ist das Medium der politischen *Entscheidung*.¹³² Artikel 7 TerrorbekG dürfte mit seiner sicherheitspolitischen Grundsatzentscheidung die Anforderungen dieses Ansatzes im Hinblick auf den Entscheidungscharakter der Maßnahme erfüllen. Allerdings steht bei dieser Sichtweise die Funktion der Gesetze im politischen Prozess im Vordergrund, da das Verfahren der Gesetzgebung in einer Demokratie die Aufgabe hat, Transparenz, Öffentlichkeit¹³³ und Nachvollziehbarkeit zu erreichen.

129 BVerfGE 1, 14, 45; 17, 67, 82; 25, 216, 227.

130 Vgl. BVerfGE 4, 352, 357; 11, 234, 237.

131 Vgl. BVerfGE 1, 14, 16 (14. Leitsatz); auf die Erkennbarkeit des Willens abstellend auch: Bülow, § 30, Rdnr. 54.

132 Dieter Wyduckel, Gesetzgebungslehre und Gesetzgebungstechnik, Aktueller Stand und künftige Entwicklungstendenzen, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl), 1982, 1175 ff. 1176; AK- Denninger, a.a.O. Anm. (121), Artikel 70, Rz. 3.

133 Darüber, was Öffentlichkeit bedeutet, welche Bedingungen erfüllt sein müssen und wie sie zu erreichen ist, herrscht allerdings Streit. Hierzu: Ilse Staff, Öffentlichkeit als Verfassungsprinzip, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, Nr. 10 (Oktober 1992), S. 384–389.

6.2.3. Die Legitimität des Artikel 7 steht in Frage

Das Gesetzgebungsverfahren dient dazu, dass der Gesetzgeber seine Funktion erfüllen kann, welche in der Ausübung der Leitungsfunktion, in der Ausübung der Volkssouveränität stellvertretend für den Souverän besteht. Das Verfahren der Gesetzgebung soll die Teilnahme der Öffentlichkeit an dem Prozess der Entscheidungsfindung ermöglichen und der Austausch von Argumenten damit letztlich zur Akzeptanz der getroffenen Regelung auch durch diejenigen führen soll, die ihr grundsätzlich nicht zustimmen. Wie kann das Gesetzgebungsverfahren diese Anforderungen erfüllen?

Das gesamte Verfahren ist in der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages (GOBT) geregelt. Zwar sieht die GOBT in den §§ 78 ff. keine einzuhaltenden Zeitabschnitte zwischen den drei Beratungen vor. Trotzdem sollte in der Regel eine intensive Auseinandersetzung des Bundestages mit dem Gesetzentwurf möglich sein.¹³⁴ Zwischen der Einbringung des Gesetzes in den Bundestag und der dritten Lesung mit abschließender Beschlussfassung vergingen insgesamt zwei Wochen. Wenn man sich vergegenwärtigt, dass allein das Gesamtpaket „Terrorismusbekämpfungsgesetz“ über 60 engbedruckte Seiten fasst und vor allem zahlreiche politisch hoch brisante und wichtige Weichenstellungen vornimmt,¹³⁵ außerdem der Bundestag seine Aufmerksamkeit mitnichten allein diesem Gesetzentwurf zuwenden konnte,¹³⁶ so dass nur etwa 60 Minuten für die Beratung des Gesetzes zur Verfügung standen, kann man an der intensiven Auseinandersetzung zweifeln.

Die besondere Eile, mit der der Gesetzesentwurf den Bundestag „passierte“, trug ihm sogar die Beschimpfung als „parcel-service“ ein.¹³⁷ Selbst Vertreter der Koalition hätten sich „gewünscht, dass wir ein wenig mehr Zeit gehabt hätten, damit auch andere Kollegen, die an dem Beratungsprozess nicht so intensiv beteiligt gewesen sind, genauer hätten begreifen können [...] [Auslassung, C.K.]“¹³⁸. Die CDU/CSU-Fraktion¹³⁹ bezeichnete „dieses Verfahren [...] bei aller Eile – man mag manches verstehen – [als] nicht seriös und die

134 Hans-Peter Schneider/Wolfgang Zeh (Hg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, New York, 1989, Sonderdruck: § 30 Stationen, Entscheidungen und Beteiligte im Gesetzgebungsverfahren, Bearbeiter Brun-Otto Bryde, Rdnr. 34.

135 Vgl. Meyer, a.a.O. (Anm. 2).

136 Allein in dieser 209. Sitzung am 14. Dezember 2001 wurden 31 Tagesordnungspunkte (über die geordnete Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität – TOP 19, über die erste Beratung zum Präimplantationsdiagnostikgesetz – TOP 24, bis zur Umsatzbesteuerung von Sportanlagen – TOP 28; willkürlich herausgegriffene Beispiele) bearbeitet.

137 Heribert Prantl, *Kaum einer blickt durch, aber fast alle sind dafür; Otto Schilys Sicherheitspaket: Der Gesetzgeber verkommt zum Paketträger*, in: *Süddeutsche Zeitung* vom 12. Dezember 2001, www.sueddeutsche.de/deutschland/politik/32438/index.php (28. März 2002).

138 Protokoll der 209. Sitzung des Deutschen Bundestages, Rede von Dieter Wiefelspütz zum Tagesordnungspunkt 21 a und 21 b sowie Zusatzpunkt 24 (Terrorismusbekämpfungsgesetz und Gegenanträge).

139 Für diese Erwin Marschewski, Protokoll der 209. Sitzung des Deutschen Bundestages, Rede von Dieter Wiefelspütz zum Tagesordnungspunkt 21 a und 21 b sowie Zusatzpunkt 24 (Terrorismusbekämpfungsgesetz und Gegenanträge).

Behandlung von den Parlamentariern unzumutbar [Auslassung, C.K.]“. Die PDS-Fraktion kommt gar zu dem Schluss, dass „Schnellschussverfahren [sei] schlicht unangemessen, um nicht zu sagen: verantwortungslos“¹⁴⁰.

Es handelt sich zwar nicht um eine spezifische Kritik an Artikel 7, sondern sie betrifft das Gesetzespaket insgesamt. Die Fülle, der in dieser 209. Sitzung zu behandelnden Themen war vielleicht auch nicht außergewöhnlich, aber die zwischen den einzelnen Beratungen verstrichene Zeitspanne war besonders gering und lässt sich nur mit dem besonderen Handlungsdruck in dieser Gefahrensituation rechtfertigen. Eine solche Rechtfertigung kann gerade für Artikel 7 TerrorbekG aber nicht greifen, weil die Regelung keine umsetzbare rechtliche Anordnung trifft und somit bis zur Umsetzung des zukünftigen, weiterführenden Gesetzes keiner Gefahrensituation Abhilfe schafft. Legitimation durch Verfahren¹⁴¹ (in unnötiger Eile) genauso wie Nachvollziehbarkeit oder Transparenz konnten deshalb im Fall des Artikel 7 sicher nicht erreicht werden. Das Gesetzgebungsverfahren wurde damit zwar formal eingehalten. Durch die besondere Eile scheint aber die Aussage gerechtfertigt, dass der Bundestag durch die Art und Weise, wie er das Gesetzgebungsverfahren durchgeführt hat, seiner Aufgabe gerade auch im Hinblick auf die ausführliche Abwägung der Freiheits- und Sicherheitsbelange nicht nachgekommen ist.

Auch durch die Trennung der beiden Komplexe: sicherheitspolitische Grundsatzentscheidung für die Aufnahme biometrischer Merkmale in den Pass und freiheitsrelevante Speicherung und Nutzung der gewonnenen Daten wurde die Funktion eines Gesetzes missachtet. Dies gilt umso mehr, als der Umfang, in dem das Recht auf informationelle Selbstbestimmung von den biometrischen Merkmalen betroffen ist, durch Artikel 7 TerrorbekG nicht deutlich wird. Weil die Nutzung beziehungsweise Verwendung der aus den biometrischen Merkmalen gewonnenen Daten und somit der Zweck ihrer Erfassung noch nicht feststeht, ist eine Beurteilung des Artikel 7 TerrorbekG nicht möglich. Denn es macht einen wesentlichen Unterschied, ob die Daten nur zur Feststellung der Identität des Passinhabers beziehungsweise zur Überprüfung der Echtheit des Passes ausgelesen und verwendet werden, oder ob bei dem Vorgang des Auslesens ein automatischer Datenabgleich mit Dateien, beispielsweise des Verfassungsschutzes, erfolgt. Der Umfang, in dem in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingegriffen wird, differiert beträchtlich.

Es stellt sich also heraus, dass nicht nur der Regelungscharakter des Artikel 7 TerrorbekG verneint werden kann. Ebenso zweifelhaft ist die Gesetzesqualität, wenn man die politische/demokratische Funktion des Gesetzes gegenüber der Rechtsfunktion betont. In

140 Petra Pau, Protokoll der 209. Sitzung des Deutschen Bundestages, Rede von Dieter Wiefelspütz zum Tagesordnungspunkt 21 a und 21 b sowie Zusatzpunkt 24 (Terrorismusbekämpfungsgesetz und Gegenanträge).

141 Soweit entspricht das Argument der Kritik des Verfahrens durch die FDP-Fraktion, Rede von Dr. Max Stadler, Protokoll der 209. Sitzung des Deutschen Bundestages, Rede von Dieter Wiefelspütz zum Tagesordnungspunkt 21 a und 21 b sowie Zusatzpunkt 24 (Terrorismusbekämpfungsgesetz und Gegenanträge).

jedem Fall wurde bisher vom Inhalt der Gesetze abstrahiert. Dies liegt daran, dass die inhaltlich prinzipiell offene Konzeption des Gesetzgebungsbegriffs die technischen Aspekte des Gesetzgebungsverfahrens hervortreten lässt.¹⁴² Allerdings zeigt der Begriff des „formalisierten“ Gesetzes, dass seine inhaltliche Auffüllung durch die Verfassungsbestimmungen¹⁴³ nicht nur möglich, sondern in Ablehnung des Rechtspositivismus geboten erscheint. In diesem Sinne muss jedes Gesetz, unabhängig davon, ob die Rechtsfunktion oder die Funktion der Gesetze im politischen Prozess betont wird, in inhaltlicher Hinsicht an den Grundrechten gemessen werden.

6.2.4. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist als Grenze und Rechtfertigungsmaßstab zu beachten

Auf der einen Seite geht es hierbei um die verfassungsrechtliche Grundlage der Erfassung biometrischer Merkmale. Während das Recht auf Leben aus Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 GG als Begründung für die Maßnahme des Artikel 7 TerrorbekG angeführt werden kann, ist schon die Eignung der Maßnahme für den angestrebten Erfolg nicht ohne Zweifel gegeben. Damit steht die verfassungsrechtliche Begründung des Artikel 7 TerrorbekG auf wackeligen Beinen. Darüber hinaus ist der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht ohne weiteres gerechtfertigt, weil an einem überragenden Interesse der Allgemeinheit an der Erfassung biometrischer Merkmale im Pass gezweifelt werden kann. Werden die geäußerten Bedenken als nicht so gravierend eingestuft, dann muss diese sicherheitspolitische Grundsatzentscheidung inhaltlich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung beachten. Dieses Grundrecht stellt den Gegenpol, den Rechtfertigungsmaßstab der Sicherheitsmaßnahme dar. Die Folgerungen des Volkszählungsurteils können zur Beurteilung des Artikels 7 TerrorbekG jedoch nur dann in vollem Umfang eingefordert werden, wenn das Grundrecht sowie seine Ausgestaltung durch das Bundesverfassungsgericht unbestritten sind. Kritik an dem Urteil kam indes aus verschiedenen Richtungen.

6.3. Die Kritik an den Folgen des Urteils

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sei eine ambivalente Regelung, die in der Praxis kontraproduktive Wirkungen und unerwünschte Entwicklungen erzeugt habe.¹⁴⁴ Statt der intendierten Stärkung des Schutzes persönlicher Daten und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts seien sowohl die Bundes- als auch die Landesgesetzgeber den Wünschen der Exekutive durch eine Fülle von Ermächtigungsnormen zur Erhebung, Nutzung und Weitergabe personenbezogener Daten gefolgt.¹⁴⁵ Dieselben Normen werden

142 Wyduckel, a.a.O. (Anm. 132), S. 1176.

143 von Münch/Kunig, a.a.O. (Anm. 122), Bearbeiter: Brun-Otto Bryde, Artikel 70, Rz. 2.

144 Erhard Denninger, 50 Jahre Grundgesetz, Humboldt Forum Recht (HFR), HFR 7 (1999), www.humboldt-forum-recht.de/7-1999/Drucktext.html (28. März 2002).

145 Denninger, ebenda, S. 4 f.

von anderer Warte aus deshalb kritisiert, weil sie unübersichtlich seien und deshalb gegen das Rechtsstaatgebot verstießen.¹⁴⁶ Allerdings wird man zu dieser Kritik sagen müssen, dass sie sich weniger an das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als vielmehr an den Gesetzgeber richtet, der „seinen“ Gesetzesvorbehalt nicht zu umfassender Prüfung der Regierungsvorlagen, gerade auch im Hinblick auf die Frage des Ausgleichs von Freiheit und Sicherheit, beziehungsweise auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahmen benutzt.

Kritik wird auch insofern geäußert, als ein Bedeutungsverlust kollidierender Grundrechte festgestellt wird.¹⁴⁷ Eine Grundrechtskollision setzt voraus, dass in einem Fall zwei Grundrechtsträger einander ausschließende Grundrechte geltend machen. Die Verwirklichung des Datenschutzes für Grundrechtsträger 1 ließe in diesem Fall den Grundrechtsverlust für Grundrechtsträger 2 befürchten. Dies hat zur Voraussetzung, dass der Datenschutz aufgrund seiner Angliederung an Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG einen Vorrang gegenüber anderen Grundrechten genießen und so das kollidierende Grundrecht eines anderen Grundrechtsträgers ausschließen würde. Im Volkszählungsurteil lag der Fall jedoch anders. Der Personenkreis, welcher von dem durch die staatlichen Maßnahmen intendierten Schutz betroffenen ist, ist identisch mit dem durch diese Maßnahmen in seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung beschränkten Personenkreis. Mit dieser Situation des Volkszählungsurteils, nicht aber mit seiner Kritik im Fall der Grundrechtskollision, ist Artikel 7 TerrorbekG vergleichbar. Er betrifft die Grundsituation des Volkszählungsurteils, „der Nutzung der modernen Informations- und Kommunikationstechnologie vor allem durch den „informationshungrigen“ Leviathan“¹⁴⁸. Es handelt sich um eine Situation, in welcher der Staat Schutz und Sicherheit derjenigen Personen erreichen möchte, deren Freiheit er zu diesem Zweck einschränkt. Während die Kritik hier nicht relevant ist, sind die Ausführungen des Volkszählungsurteils aber in besonderem Maße auf Artikel 7 TerrorbekG übertragbar.

Grundlegender ist auch die Kritik, das Grundgesetz sei als „Universallexikon“ benutzt worden und man habe ihm Fragen gestellt, auf deren Beantwortung es nicht programmiert sei.¹⁴⁹ Es stehe in Wirklichkeit nicht die Betroffenheit eines neuen Grundrechts bzw. eines neuen Schutzgutes in Frage. Vielmehr handele es sich um die Vorverlagerung des Grundrechtsschutzes, „um eine Verstärkung der *Prävention*“¹⁵⁰. Ob es sich um ein eigenständiges Grundrecht oder allein um die Vorverlagerung des Grundrechtsschutzes handelt, ist dabei eine nur wissenschaftlich relevante Frage.

146 Gunnar Duttge, Zur Hypertrophie des Datenschutzes, www.humboldt-forum-recht.de/4-1998/Drucktext.html (28. März 2002), HFR 4-1998, S. 3 f.

147 Duttge, ebenda, S. 5.

148 Duttge, ebenda, S. 6.

149 Duttge, ebenda, S. 2.

150 Duttge, ebenda, S. 6.

Die geäußerte Kritik weist aber auf einen Punkt hin, der für die Beurteilung der „Balance“ des Artikel 7 TerrorbekG aufschlussreich ist. Die Intention des Bundesverfassungsgerichts richtete sich darauf, zur Gewährleistung der Funktionsvoraussetzungen der Demokratie, persönliche Daten vor der ungehinderten und unkontrollierten Speicherung, Weitergabe und Verwendung zu schützen. Zu diesem Zweck zielt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in der Tat darauf ab, eine Verletzung nicht eintreten zu lassen und damit auf eine Verstärkung der Prävention. Die gleiche Zielrichtung hat aber auch Artikel 7 TerrorbekG: Gefahren sollen frühzeitig erkannt werden und eine Verletzung nicht eintreten. Eine Abwägung der Balance des Artikel 7 TerrorbekG führt daher zu einem Vergleich der „Handlungsschwelle“, der Eingriffsschwelle für staatliche Organe zum Schutz der inneren Sicherheit auf der einen, beziehungsweise des Grundrechtsschutzes auf der anderen Seite. Will man also beurteilen, ob Artikel 7 TerrorbekG sich durch eine Balance von Sicherheits- und Freiheitsschutz auszeichnet, muss man die Eingriffsschwellen im Bereich der Gefährdung untersuchen.

7. Einseitigkeit ist nicht durch die Situation zu begründen

Für den Grundrechtsschutz hat das Bundesverfassungsgericht regelmäßig darauf verwiesen, dass „bloße Grundrechtsgefährdungen im allgemeinen noch *im Vorfeld verfassungsrechtlich relevanter Grundrechtsbeeinträchtigungen* (liegen); sie können nur *„unter besonderen Voraussetzungen Grundrechtsverletzungen gleichzuachten sein* [Hervorheb. im Orig.]“¹⁵¹. Daraus geht hervor, dass grundsätzlich eine *Verletzung* des Grundrechts nötig ist, um Grundrechtsschutz geltend zu machen. Die bloße *Gefährdung* reicht demgegenüber grundsätzlich nicht aus für gerichtlichen Schutz.

7.1. Das Ungleichgewicht zwischen exekutiver Sicherheitsgewährleistung und judikativem Freiheitsschutz

Interessanterweise wurden gerade im Sicherheitsbereich diejenigen Entscheidungen gefällt, die den Grundrechtsschutz vorverlagerten. Es handelt sich grundlegend um eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die eine Klage gegen das Atomkraftwerk Kalkar wegen *drohender* Grundrechtsbeeinträchtigung akzeptiert, weil der Schaden im Fall seines Eintritts irreparabel und besonders groß ist. An dieser Entscheidung werden zwei Dinge deutlich. Zum einen liegt die Schutz- und Handlungsschwelle für (nur) *drohende* Grundrechtsverletzungen sehr hoch. Außerdem ist diese Rechtsprechung zum Schutz vor drohender Grundrechtsverletzung zwar theoretisch auf andere Grundrechte anwendbar. In der Praxis wurde aber nur dann auf die Grundrechtsverletzung verzichtet, wenn es sich um das Recht auf Leben aus Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 GG handelte. Im Fall

151 Zitiert nach: Duttge, ebenda, S. 7.

der biometrischen Merkmale könnte deshalb die aus dem Recht auf Leben abgeleitete staatliche Schutzpflicht, der hier durch die Aufnahme weiterer biometrischer Merkmale im Pass nachgekommen wurde, zum bloßen Gefährdungszeitpunkt nur durch das Recht auf Leben begrenzt werden.

In sicherheitspolitischer Hinsicht ist gerade die extreme Vorverlagerung der Eingriffsschwelle der wesentliche Kritikpunkt an diesem Gesetzespaket. Der Gesetzesbegründung zufolge ist es „Aufgabe von Politik [...], *mögliche Gefahren* für die innere Sicherheit und Ordnung gegen Angriffe von innen und außen frühzeitig zu erkennen und alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um das Risiko ihres Eintritts zu minimieren [Hervorheb. und Auslassung C.K.]“¹⁵². Inwiefern dies eine Vorverlegung der Eingriffsschwelle bedeutet, kann anhand der im Polizeirecht sonst üblichen Eingriffskriterien gezeigt werden. Eine Maßnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit, die darauf zielt, der Verletzung einer Rechtsnorm vorzubeugen, erfordert das Vorliegen einer *Gefahr*. Diese Gefahr unterscheidet sich von der *möglichen* Gefahr des Terrorismusbekämpfungsgesetzes dadurch, dass der Schaden in Zukunft eintreten könnte, also die Schädigung nicht nur möglich, sondern „hinreichend wahrscheinlich“ ist. Diese Differenzierung ist nicht bloß semantischer Art, sondern es handelt sich hierbei um ein gerichtlich überprüfbares Eingriffskriterium. Für diese Vorverlagerung der Gefahrenschwelle durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz ist Artikel 7 ein gutes Beispiel, denn er lebt von der Argumentation, dass es möglich ist, dass ein internationaler Terrorist einen deutschen Pass fälscht. Allerdings ist das Fälschungsrisiko fast nicht existent, so dass die Eingriffsschwelle in dieser Hinsicht bei einer fast nicht existenten Gefahr angesetzt wurde. Zudem gilt im Polizeirecht, dass sich die Maßnahme nicht gegen eine beliebige Person richten darf, sondern sich an die „richtige“, die verantwortliche Person, den sogenannten Störer wenden muss. Störer sind hier die „internationalen Terroristen“ und ihre Hintermänner. Aber die Einführung biometrischer Merkmale im Pass richtet sich an und gegen alle Inhaber eines deutschen Passes.¹⁵³ In diesem Punkt bezieht sich die Kritik nicht mehr auf die Eignung biometrischer Merkmale zur Erreichung eines Sicherheitserfolges, sondern auf die Berechtigung der Gesetzgebungsorgane zur Inanspruchnahme aller deutschen Staatsbürger.

Mit diesen Ausführungen sollte vor allen Dingen gezeigt werden, dass zwischen den von der Exekutive durchgesetzten Sicherheitsinteressen und der von der Judikative durchgesetzten Freiheitsabsicherung ein prinzipielles Ungleichgewicht besteht. Dieses Ungleichgewicht sucht das Bundesverfassungsgericht durch das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ auszugleichen, indem es aus der Gefährdung einen Grundrechtstatbestand macht. Indem sie den Gesetzgeber dazu zwingt, die datenschutzrechtlichen Schranken des exekutiven Informationshungers zu beachten und demzufolge Sicherheit und Freiheit auszubalancieren, schränkt diese Rechtsprechung den Handlungsspielraum des Gesetzgebers zwar ein. Wollte man den Grundrechtsschutz im Bereich der Gefähr-

152 TerrorbekG, Begründung, Erster Teil (A. Anlass und Zielsetzungen des Gesetzes), S. 35.

153 Aus dieser Argumentation heraus ist die Einführung von biometrischen Merkmalen in Visa anders zu beurteilen.

dungen aber der Judikative überlassen, wäre er nicht umfassend, sondern nur punktuell (nur für die erfolgreichen Kläger) gewährleistet. Deutlich wird daher, dass die Gefährdung der Sicherheitsinteressen so ernst genommen wird, dass ein schon existenter Gefährdungsschutz weiter ausgeweitet wird. Demgegenüber wird Artikel 7 TerrorbekG seiner (vom Verfassungsgericht eingeforderten) Schutzpflicht zugunsten des Rechts auf informelle Selbstbestimmung und damit der freiheitsrechtlichen Gefährdungsebene nicht gerecht. Indem der Gesetzgeber mit Artikel 7 TerrorbekG nur *einen* verfassungsrechtlichen Handlungsauftrag erfüllt und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung missachtet hat, baut er das prinzipielle Ungleichgewicht wieder auf und wiegt sein Unterlassen im Hinblick auf den Datenschutz wegen der Ausweitung des Sicherheitsschutzes besonders schwer. Dies spricht dafür, dass die Ausbalancierung zwischen Freiheit und Sicherheit im Fall des Artikel 7 TerrorbekG nicht gelungen ist.

Es könnte grundlegend eingewendet werden, dass Artikel 7 TerrorbekG, gerade weil es sich um eine noch weiterzuführende Grundsatzentscheidung handelt, *noch* nicht ausbalanciert sein muss. Der Verweis deutet in dieser Hinsicht an, dass die Beachtung der datenschutzrechtlichen Anforderungen beabsichtigt ist. Artikel 7 TerrorbekG ist also nur dann als nicht ausbalanciert anzusehen, wenn Sicherheit und Freiheit gleichermaßen und gleichzeitig zu beachten sind. „Gleichermaßen“ zu beachten sind sie dann, wenn sich kein Rangverhältnis zwischen den Grundrechten begründen lässt. Aus einem Rangverhältnis könnte hervorgehen, dass das Recht auf Leben absoluten Vorrang genießt und sein Schutz daher auch die Zurückstellung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung rechtfertigen würde. Wenn dies nicht der Fall ist, muss darüber hinaus die gleichzeitige Regelung erforderlich sein. Nur dann kann die politische Grundsatzentscheidung des Artikel 7 TerrorbekG wegen ihrer einseitigen Beachtung der Sicherheit auf der Grundlage der Verfassung kritisiert werden.

7.2. Der Gesetzgeber muss Freiheit und Sicherheit gleichzeitig regeln

Aus den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts zum Thema innere Sicherheit und zur Schutzpflicht aus dem Recht auf Leben könnte ein Vorrang für das Recht auf Leben vor anderen Grundrechten abgeleitet werden. Wenn der Höchstwert Leben auf dem Spiel stehe, könne die Schutzpflicht den Staat zu einem Höchstmaß an Schutz drängen¹⁵⁴. Dies leitete das Bundesverfassungsgericht überdies aus dem „objektiv-rechtlichen Gehalt der grundrechtlichen Normen“ ab, der in der „objektiven Wertordnung“ der Grundrechtsnormen verkörpert sei. Es handelt sich hierbei um ein Grundrechts- und Verfassungsverständnis, das in der Literatur teilweise kritisiert wird. Werte aus den Grundrechten herauszulesen und damit die Verfassung zu einer feststehenden Werteordnung zu erheben, wird von den Kritikern dieser Rechtsprechung als Einschränkung des politischen Prozesses verstanden. Erst der politische Prozess bringe durch die „permanente institutionelle,

154 Isensee/Kirchhof, a.a.O. (Anm. 17), Rdnr. 11.

rechtsnormative Vermittlung“ der Elemente einer Verfassung die „*Verfassung* als dauerhafte Leistung“ hervor.¹⁵⁵ Feststehende Werte in der Verfassung zu erkennen und diesen eine Rangordnung zu geben, schränkt den politischen Prozess demgegenüber ein. Als Konsequenz der Wertordnung scheint dann auch eine Abwägung zwischen dem Recht auf Leben, das hinter der staatlichen Schutzmaßnahme steht und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Geschützten fast unmöglich, weil das Recht auf Leben in diesem Sinne als absolut höherwertig gegenüber anderen Grundrechten aufgefasst werden könnte.

Eine absolute Höherwertigkeit des Rechts auf Leben könnte aber vor allem aus den Bundesverfassungsurteilen herausgelesen werden, die sich mit der Bekämpfung des Terrorismus beschäftigt haben. Dort waren wenige Einzelpersonen – die inhaftierten Terroristen selbst im Falle des Kontaktsperregesetzes oder Hans Martin Schleyer als Entführter der RAF, zu dessen Freilassung der Staat kein Lösegeld zahlte – von Maßnahmen (Unterlassungen) betroffen, die ihre Freiheit einschränkte. Dem gegenüber stand der Schutz der Allgemeinheit vor terroristischen Gewalttaten. In einer Situation, in der das Recht auf Leben der Allgemeinheit dem Freiheitsrecht *einzelner* Grundrechtsträger entgegensteht, ist das Recht auf Leben vielleicht sogar abstrakt höher zu bewerten. Grundsätzlich anders verhält es sich jedoch im Fall des Artikel 7 TerrorbekG. Der Schutz aller wird im Fall des Artikel 7 TerrorbekG durch die Einschränkung der Freiheit aller erreicht. Wenn man die Argumentation Freiheit durch Sicherheit weiterführt, bedeutet die Einführung biometrischer Merkmale, dass die Freiheit aller erreicht werden soll durch die Beschränkung ihrer Freiheit.

Aber auch das Bundesverfassungsgericht spricht nicht von einer absoluten Höherwertigkeit, den das Recht auf Leben genießt, denn „die innere Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung sind Verfassungswerte, die mit anderen in *gleichem* Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet [Hervorheb. C.K.]“.¹⁵⁶ Der Gleichrangigkeit folgt konsequenterweise die Abwägung des zu schützenden mit dem beeinträchtigten Grundrecht im Sinne einer Kosten-Nutzen-Analyse: Ist die zu erreichende Sicherheit mit der freiheitsbeschränkenden Nebenwirkung der gesetzlichen Maßnahmen vereinbar, d. h. ist sie verhältnismäßig? Im Ergebnis müssen Freiheit und Sicherheit gleichermaßen gewährleistet sein – nur dann ist die gesetzliche Maßnahme (Artikel 7 TerrorbekG) verfassungsgemäß ausgestaltet und die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit auf der Basis der Verfassung gewahrt. Doch müssen sie auch gleichzeitig berücksichtigt werden?

Das Verhältnis von Sicherheit und Freiheit ist umstritten. Durch die von Bundesinnenminister Schily verwendete Formel „Freiheit durch Sicherheit“, die in einer Stufenpy-

155 Erhard Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, 1. Auflage, S. 9.

156 BVerfGE 49, 24, 56.

ramide¹⁵⁷ der Verfassungsaufgaben begründet sein könnte, wird eine Vorrangigkeit der Sicherheit ausgedrückt. Dies könnte seinen Grund in der oben dargestellten Entwicklung der Staatsidee haben: Wenn nur im Frieden Freiheit herrscht und Sicherheit der Herstellung von Frieden dient, wird Freiheit durch Sicherheit gewährleistet. Dies scheint – freundlich betrachtet – hinter Artikel 7 TerrorbekG zu stehen.

Mit staatsphilosophischen Argumenten lässt sich aber bekräftigen, dass der Freiheitsaspekt nach der Entwicklung der Staatlichkeit als Errungenschaft des „Verfassungsstaates“ vor allem mit begrenzender Stossrichtung zur Sicherheit hinzutrat und seither gleichrangig und begrenzend der Staatstätigkeit gegenübertritt. Die Grundrechte formulieren daher wesentliche Schranken staatlichen Handelns. Gerade weil in der Verfassung keine klare Aufgabenbestimmung und Aufgabenbegrenzung im Hinblick auf die innere Sicherheit besteht, ist die Beachtung der grundrechtlichen Grenzen staatlicher Pflichterfüllung unbedingt schon bei der Formulierung der Handlungspflicht zu beachten. Sicherheitsgesetze müssen – trotz des Höchstmaßes an erforderlichem Schutz als Handlungsmaßstab und der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative – verfassungsmäßig sein und erfahren damit auch eine Einschränkung durch gegenläufige Freiheitsgrundrechte. Damit ist dann, wenn ein Spannungsverhältnis zwischen der Freiheit des Individuums und dem Sicherheitsinteresse der Gemeinschaft besteht, die Staatsaufgabe „innere Sicherheit“ nicht eindimensional erfüllbar.¹⁵⁸ Dies liegt daran, dass die Bundesrepublik der Freiheit „einen außerordentlich hohen Stellenwert beimisst“¹⁵⁹, gerade auch deshalb, weil sie als „anthropozentrische“ Verfassung die Würde des Menschen in den Mittelpunkt stellt.

Die Einseitigkeit kann im konkreten Fall auch nicht mit dem besonderen Handlungsdruck, unter dem die Staatsorgane standen, begründet werden. Obgleich dieser tatsächlich bestand, weist Artikel 7 TerrorbekG keinen Ausweg aus der als Bedrohung der inneren Sicherheit analysierten Lage: Die getroffene sicherheitspolitische Grundsatzentscheidung bedarf erst der Konkretisierung. Klar ist zwar, dass eine solche Grundsatzentscheidung weder den gegenwärtigen, noch den nachfolgenden Bundestag in irgendeiner Weise rechtlich zwingt, die Entscheidung des Bundestages im Terrorismusbekämpfungsgesetz fortzuführen. Insofern kann man rechtlich argumentieren, dass die Verabschiedung der Grundsatzentscheidung nicht gleichsam die Durchsetzung des endgültigen Gesetzesvorhabens bedeutet. Klar ist aber auch, dass eine Ablehnung der biometrischen Merkmale durch den Bundestag in dem noch folgenden Gesetz zwar möglich ist, politisch aber sicher hohe Kosten nach sich ziehen würde. In dieser Bindung des Gesetzgebers scheint im Ergebnis auch der Sinn der formalen wie materiellen Vorgehensweise zu sein. Es ging darum, die Gewichtung von Freiheit und Sicherheit in Richtung der Sicherheitsbelange zu verschieben und dies zu einem Zeitpunkt sowie in einem Zusammenhang, die Kritik an der Maßnahme erschweren.

157 Isensee/Kirchhof, a.a.O. (Anm. 58), § 13: Staat und Verfassung, Bearbeiter Josef Isensee, Rdnr. 102.

158 Isensee/Kirchhof, a.a.O. (Anm. 17), Rdnr. 24.

159 Isensee/Kirchhof, a.a.O. (Anm. 17), § 58: Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, Bearbeiter Roman Herzog, Rdnr. 75.

Gerade deshalb sät die Zweiteilung Misstrauen: Sie ist weder im Wortsinn effektiv, noch wird ein Zusammenhang zur Terrorismusbekämpfung explizit hergestellt. Demgegenüber deutet der Verweis darauf hin, dass die Beachtung der Freiheitsbelange nicht nur in zeitlicher Hinsicht nachgeordnet wird. Über die definierte Nutzung der aus den biometrischen Merkmalen gewonnenen Daten kann eine weitergehende Beschränkung der Freiheitsrechte vorgenommen werden. Dies beschädigt das Ansehen des Bundestages und lässt den Versuch einer Freiheitsbeschränkung in Raten vermuten.

8. Schlussbetrachtung und Empfehlungen

Sowohl aufgrund der formalrechtlichen als auch aufgrund der inhaltlichen Betrachtung reduziert sich der Aussagegehalt des Artikel 7 TerrorbekG auf eine sicherheitspolitische Grundsatzentscheidung ohne expliziten Zusammenhang zur Terrorismusbekämpfung.

Insgesamt zeigt die gewählte Vorgehensweise unter Heranziehung formal-rechtlicher Kriterien eine problematische Tendenz auf. Sowohl der Sinn des Gesetzes, Rechtsgrundlage für ein zukünftiges Gesetz zu sein, als auch die Beurteilung eines Teils als politische Willenserklärung und sogar der Gesetzescharakter selbst können nicht als verfassungswidrig bezeichnet werden. Sie zeigen aber, dass das Instrument „Gesetz“ im Fall des Artikel 7 TerrorbekG nicht entsprechend seiner Funktion, Politik in Recht umzusetzen, genutzt wurde. So wird durch die Ankündigung eines weiteren Gesetzes, die keine rechtliche, sondern eine politische Willenserklärung darstellt, deutlich, dass die Entscheidungen zur rechtlichen Umsetzung der sicherheitspolitischen Grundsatzentscheidung erst in der Zukunft fallen werden. Auch die Qualifikation des Artikel 7 TerrorbekG als „Rechtsgrundlage“ drückt diese Zweiteilung aus, weil es (verfassungs-)rechtlich keine Begründung gibt dafür, per Gesetz die Rechtsgrundlage eines Gesetzes schaffen zu wollen. Der Sinn der „Rechtsgrundlage“ liegt daher auch nicht in gesetzestechnischen Notwendigkeiten oder einer gewollten Kompetenzverlagerung, sondern allein in der politischen Aussage.

Zu dieser Interpretation des Artikel 7 TerrorbekG führt nicht zuletzt die vorgenommene Streichung des alten § 16 I 1 PassG, der ein Verbot der Aufnahme eines weiteren biometrischen Merkmals (Fingerabdruck) enthielt. Inhaltlich entsprechen sich die Streichung dieser Vorschrift und die sicherheitspolitische Grundsatzentscheidung: Sie drücken einen politischen Richtungswechsel im Hinblick auf die Aufnahme weiterer biometrischer Merkmale in den Pass aus. Beide sind in diesem Sinne Voraussetzung, „Rechtsgrundlage“, der rechtlichen Umsetzung, welche dem zukünftigen Gesetz vorbehalten wird. Es handelt sich bei Artikel 7 TerrorbekG also um eine Entscheidung rein politischer Natur, die ihrer rechtlichen Umsetzung entledigt wurde.

Die Frage, ob der Bundestag eine rein politische Entscheidung im Gesetzeswege verabschieden darf, kann unterschiedlich beantwortet werden, wurde hier aber grundsätzlich bejaht. Zwar ist der Regelungscharakter als das rechtliche Element des Gesetzes nur schwach ausgeprägt. Doch sollte der Bundestag in seiner Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit nicht auf rechtliche Wirkungen beschränkt werden. Allerdings entspricht

die gewählte Vorgehensweise auch nicht dem Gesetz, verstanden als Medium der politischen Entscheidung. In diesem Sinne muss das Gesetz durch Öffentlichkeit, Diskussion und Kritik den Rückkoppelungseffekt zwischen Parlament und Bürgern ermöglichen. Das Gesetzgebungsverfahren wurde aber in solcher Eile durchgezogen, dass die erforderliche Diskussion und Abwägung allenfalls im Innenausschuss, nicht aber im Plenum erfolgen konnte. Die Hauptarbeit mag zwar üblicherweise in den Ausschüssen und sogar im Vorverfahren erledigt und dadurch Kompromisse herbeigeführt werden. Zusätzlich verschärft wird diese Kritik am Verfahren aber durch die Trennung von sicherheitspolitischer Grundsatzentscheidung und Inhalten, die eine Diskussion zumindest sehr erschwert hat. So ist diese Trennung dazu geeignet, das Ausmaß der Maßnahme zu verschleiern, weil einerseits der Zweck der Einführung biometrischer Merkmale in den Pass weder eindeutig definiert wurde, noch er sich andererseits aus der „Verwendung“ beziehungsweise der „Nutzung“ zweifelsfrei ergibt. Über die durch Artikel 7 offen gelassene (und auf das zukünftige Gesetz verschobene) Nutzungsdefinition ist es jedoch möglich, dass ein Zusammenhang des Artikel 7 mit der Terrorismusbekämpfung in dem zukünftigen Gesetz noch hergestellt wird. Weil dies die Verknüpfung der Daten aus den biometrischen Merkmalen mit anderen Dateien bedeutet und das Ausmaß dieser sicherheitspolitischen Grundsatzentscheidung über die bisher angedeutete Verwendung dadurch erheblich ausgedehnt wird, spricht die Zweiteilung für den Versuch einer Freiheitsbeschränkung in Raten. Indes wird erst nach der Verabschiedung des angekündigten Gesetzes hierüber Klarheit bestehen. Bis dahin handelt es sich um eine reine Vermutung.

Es spricht aus rechtstechnischen und inhaltlichen Gründen aber einiges dafür, dass „der 11. September“ und das Terrorismusbekämpfungsgesetz zumindest eine gute Gelegenheit zur Streichung des Verbots und damit für den politischen Richtungswechsel im Sinne einer Befürwortung weiterer biometrischer Merkmale im Pass boten. In erster Linie sind hierfür formalrechtliche Anhaltspunkte (politische Willenserklärung, Grundsatzentscheidung und Unklarheit des Verwendungszwecks) sowie technische Gründe zu nennen. Die biometrischen Verfahren sind bisher nur unzureichend dahingehend erforscht, ob sich auch nur die Identität des Passinhabers zweifelsfrei mit ihnen feststellen lässt. Bis zum Abschluss der erforderlichen Untersuchungen und der Erfassung eines weiteren biometrischen Merkmals im Pass ist Artikel 7 TerrorbekG als eine Art Vorratsentscheidung anzusehen, die die politischen „Rechtsgrundlagen“ für die zukünftige Umsetzung gewährleistet. Aus rechtlichen Gründen ist die spätere Nichtumsetzung dieser Grundsatzentscheidung zwar genauso denkbar wie eine Ablehnung der konkreten Umsetzungsmaßnahmen durch den zukünftigen Bundestag. Aus politischen Gründen dürfte die Ablehnung des zukünftigen Gesetzesvorhabens, sei es aus datenschutzrechtlichen oder aus finanziellen Erwägungen, jedoch nicht möglich sein. Damit ist erheblich mehr als „nichts“ passiert: Artikel 7 TerrorbekG leistet der zukünftigen Maßnahme Starthilfe. Zu diesem Ergebnis kommt auch die Presseerklärung des Hessischen Datenschutzbeauftragten, worin Artikel 7 TerrorbekG als „Vorsorgeermächtigung“ bezeichnet wurde. Das Terrorismusbekämpfungsgesetz enthalte über Artikel 7 hinaus vielfach Vorhaben, bei denen

sich der Eindruck aufdränge, dass sie „in Sicherheitskreisen schon lange angestrebt waren, aber bisher – aus guten Gründen – politisch nicht durchsetzbar waren“¹⁶⁰. Dass „die Initiativen [...] nicht erst nach dem 11. September eingeleitet worden“ [Auslassung, C.K.] sind, bestreitet Bundesinnenminister Otto Schily auch nicht.¹⁶¹ Ein Zusammenhang zur Terrorismusbekämpfung besteht daher zwangsläufig nicht, womit ein wesentlicher Begründungsstrang für Artikel 7 TerrorbekG entfällt.

Die materiellen Verfassungsvorgaben haben gezeigt, dass Maßnahmen auf dem Gebiet der inneren Sicherheit sich auf staatsphilosophische Argumente stützen. Eine konkrete Handlungspflicht des Staates lässt sich zwar aus Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 GG, dem Recht auf Leben, ableiten. Dieser verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkt dürfte allerdings nur dann in Betracht kommen, wenn die Maßnahme zur Terrorismusbekämpfung dient. Die Passsicherheit selbst ist jedoch dem Bereich der inneren Sicherheit zuzuordnen. Wenn man Defizite der Passsicherheit anerkennt, bietet die Verfassung damit eine Begründung für sicherheitspolitische Maßnahmen. Aufgrund der Tatsache, dass biometrische Merkmale aber nicht genügend erforscht sind und bisher noch große Schwächen bestehen, ist allerdings noch nicht einmal klar, ob die biometrischen Merkmale irgendeinen Sicherheitserfolg herbeiführen werden.

Die Eignung der biometrischen Merkmale zur Erreichung auch nur des genannten Zwecks (Fälschungssicherheit und Überprüfung der Identität) steht zum jetzigen Zeitpunkt jedenfalls in Frage. In rechtlicher Hinsicht bedeutet dies, dass die Begründung des Artikel 7 TerrorbekG mit dem verfassungsrechtlichen Handlungsauftrag zum Schutz der inneren Sicherheit in Zweifel gezogen werden kann. Sicher ist jedenfalls, dass biometrische Verfahren eine große Gefährdung für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Einzelnen darstellen. Die Bedeutung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beschränkt sich dabei nicht auf den einzelnen Staatsbürger. Wie das Bundesverfassungsgericht in seinem so genannten „Volkszählungsurteil“ ausführte, trägt dieses Grundrecht in besonderer Weise dazu bei, dass die Staatsbürger ihre Autonomie verwirklichen können. Denn nur wer davon ausgeht, dass seine Handlungen, Entscheidungen, Bewegungen nicht notiert und staatlich ausgewertet werden, trifft Entscheidungen, handelt und bewegt sich frei, was aber Voraussetzung der Demokratie ist. Zum Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung trifft den Gesetzgeber eine verfassungsrechtliche Handlungspflicht. Sie zielt darauf ab, schon Gefährdungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung –wegen der besonderen Bedeutung dieses Rechts im Zeitalter der Informationsgesellschaft – zu schützen. Mit Artikel 7 TerrorbekG wurde diese verfassungsrechtliche Handlungspflicht missachtet. Demgegenüber wurde der verfassungsrechtliche Sicherheitsschutz im Bereich der Gefährdungen ausgedehnt.

160 www.datenschutz.hessen.de/aktuell/f04tm22.htm (25. März 2002).

161 Zitiert nach Martin Kutscha, Anti-Terror-Paket, Fortsetzungslieferung, in: Blätter für deutsche und internationale Politik, Jg. 46, Nr. 11, 2001, S. 1298-1301, hier S. 1298.

Dies zeigt, dass Sicherheit und Freiheit im Fall des Artikel 7 nicht ausbalanciert wurden, sondern eine einseitig sicherheitsorientierte Entscheidung getroffen wurde. Hieraus ergibt sich die politische Relevanz des Artikel 7, denn seine Verabschiedung durch den Bundestag ist trotz der mangelnden Umsetzbarkeit keineswegs unbedenklich: Artikel 7 TerrorbekG ebnet den Weg für eine weitere Ausdehnung der Sicherheitsinteressen. Doch ergibt sich aus der ausschließlichen Behandlung der Sicherheitsaspekte noch nicht automatisch eine verfassungswidrige Einseitigkeit des Artikel 7 TerrorbekG. Zwar kennt die Verfassung keinen Vorrang des Rechts auf Leben vor anderen Grundrechten, was gerade deshalb den einseitigen Sicherheitsschutz hätte rechtfertigen können, weil beide Rechtsgüter hier denselben Rechtsgutträger begünstigen beziehungsweise belasten. Deshalb sind beide Rechtsgüter also gleichermaßen zur Geltung zu bringen. Die verfassungsrechtlich zu beanstandende Einseitigkeit von Artikel 7 TerrorbekG ergibt sich vor allem aber, weil Freiheit und Sicherheit nicht nur gleichermaßen, sondern auch gleichzeitig zu verwirklichen sind, um das Ausmaß der sicherheitspolitischen Entscheidung durch seine freiheitsbegrenzende Wirkung deutlich zu machen.

Letztlich zwingt die Bindung des Gesetzes an die inhaltlichen Verfassungsvorgaben über Artikel 20 Absatz 3 GG den Gesetzgeber, die in der Verfassung angelegte Antinomie zwischen Sicherheit und Freiheit in jeder einzelnen Sicherheitsmaßnahme zur Geltung zu bringen. Indem Artikel 7 TerrorbekG eine sicherheitsorientierte Entscheidung trifft, wurde die Antinomie von Sicherheit und Freiheit nicht im Sinne einer Balance aufgelöst, sondern im Sinne einer einseitigen Betonung etwaiger Sicherheitsaspekte. Allerdings wäre die besondere Bedrohungslage nach dem 11. September 2001 (wenn man voraussetzt, dass sie auch in der Bundesrepublik bestand) geeignet gewesen, die Balance zwischen Sicherheit und Freiheit zu Gunsten der Sicherheit zu verschieben. Dieses Argument gilt jedoch für Artikel 7 TerrorbekG deshalb nicht, weil er aus Mangel an Umsetzungsmaßnahmen gerade nicht kurzfristig der Terrorismusbekämpfung dient. Seine rein politische Entscheidung ist nicht geeignet, die Bedrohung abzuwenden, weshalb die sicherheitspolitische Grundsatzentscheidung nicht vor den inhaltlichen Entscheidungen getroffen werden durfte. Artikel 7 TerrorbekG ist also in materieller Hinsicht nicht als situationsbedingte Lösung der Antinomie zu begreifen.

Insgesamt betrachtet zieht Artikel 7 TerrorbekG die Erfüllung von Sicherheitsinteressen den Freiheitsinteressen vor. Damit wird eine Lebensgrundlage der Demokratie gegen die andere ausgespielt. Dieses eher obrigkeitsstaatliche Denken kommt auch durch das Gesetzgebungsverfahren zum Ausdruck, das nicht die Autonomie der Staatsbürger zur Geltung bringt. Wegen seiner überstürzten Abhandlung des Terrorismusbekämpfungsgesetzes und der zweigeteilten Vorgehensweise war das Gesetzgebungsverfahren nicht in der Lage, Öffentlichkeit zu allen anstehenden Fragen und vor allem auch bezüglich der zu erwartenden Auswirkungen des Artikel 7 TerrorbekG herzustellen. Von der Aggregation der persönlichen Präferenzen, dem Transport, der Kommunikation und Legitimation der gefundenen materiellrechtlichen Lösung kann daher keine Rede sein. Nicht nur die Begründung der Sicherheitsmaßnahmen kann also bezweifelt werden. Weil das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht als Gegenpol und Rechtfertigung der Sicherheitsmaßnahme beachtet wurde, erfüllt das Gesetzgebungsverfahren in eklatanter Weise nicht die Anforderungen der Demokratie.

Daraus folgen konkrete Empfehlungen:

- Wenn die Gesetzgebungsorgane die sicherheitspolitische Grundsatzentscheidung weiterführen wollen, muss das angekündigte Bundesgesetz das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Bürger zur Geltung bringen. Einige datenschutzrechtliche Anforderungen an biometrische Normen, die einer Liste des Landesdatenschutzbeauftragten von Schleswig-Holstein¹⁶² entnommen wurden, sollen hier kurz dargestellt werden. In jedem Fall ist der Grundsatz der Datensparsamkeit zu beachten. Stehen alternative Methoden zur Verfügung, muss die datenschutzfreundlichste gewählt werden. Es muss diejenige Methode, dasjenige Merkmal, ausgewählt werden, das keinen überschüssenden Informationsgehalt zulässt. In diesem Sinne ist das Gesicht sicher die letzte Wahl, der Fingerabdruck die datenschutzfreundlichste. Wichtig ist, dass die Möglichkeit, aus den Identifikationsdaten unmittelbar auf den dahinterstehenden Mensch rückschließen zu können, erschwert oder ausgeschlossen werden sollte (auch nicht durch Akkumulation mehrerer biometrischer Identifikationen). Die Speicherung der einzelnen Identifikationsvorgänge sollte zur Verhinderung des Missbrauchs von vornherein nicht erfolgen. Sofern eine Protokollierung nötig ist, muss sich diese auf den erforderlichen Umfang beschränken, und es müssen Regelungen getroffen werden, wie und durch wen die Protokolldateien auszuwerten und zu löschen sind. Das Verfahren ist für den Nutzer transparent und revisionsfähig auszugestalten, die Datenverarbeitung zu dokumentieren.
- Demgegenüber wäre – abgesehen von einer Weiterführung der sicherheitspolitischen Grundsatzentscheidung – eine Wiederaufnahme des Verbots vorzugswürdig.
- Sicherheitsgesetze sollten ausführlich diskutiert und auf ihre Erforderlichkeit sowie Geeignetheit überprüft werden. Außerdem hat eine Abwägung mit den resultierenden Freiheitsbeschränkungen stattzufinden. Dies ergibt sich nicht nur aus grundsätzlichen Erwägungen, sondern daraus, dass Freiheit der Bürger in der Demokratie von dem Gesetzgeber zur Geltung gebracht wird.
- Eilige Maßnahmen der Bundesregierung, die das Sicherheitsgefühl der Bürger beruhigen sollen, dann aber doch mangels Umsetzbarkeit in die Nähe des Aktionismus geraten, sollten vermieden werden. Dies vor allem deshalb, weil sie nicht nur den Bundestag, sondern letztlich die parlamentarische Demokratie beschädigen.
- Gesetze sollten generell von „Ehrlichkeit im Hinblick auf das verfolgte Ziel“, „Öffentlichkeit“, „Ausgewogenheit“ geprägt sein, damit das Vertrauen der Bürger in die Gesetzgebungsorgane nicht schwindet.

162 Zu finden unter: www.rewi.hu-berlin.de/Datenschutz/DSB/SH/projekte/biometri/biometkk.htm (28. März 2002).

Anlage

Artikel 7

Änderung des Passgesetzes (in der durch den Innenausschuss geänderten Fassung, BT-Drucks. 14/7830)

Das Passgesetz vom 19. April 1986 (BGBl. I S. 537), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 1. Mai 2000 (BGBl. I S. 626), wird wie folgt geändert:

1. § 4 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 wird nach Satz 3 folgender Satz 4 eingefügt:

„Dies gilt nicht, wenn der vorläufige Pass eine Zone für das automatische Lesen enthält.“

b) Nach Satz 2 werden die folgenden Absätze 3 und 4 eingefügt:

„(3) Der Pass darf neben dem Lichtbild und der Unterschrift weitere biometrische Merkmale von Fingern oder Händen oder Gesicht des Passinhabers enthalten. Das Lichtbild, die Unterschrift und die weiteren biometrischen Merkmale dürfen auch in mit Sicherheitsverfahren verschlüsselter Form in den Pass eingebracht werden. Auch die in Absatz 1 Satz 2 aufgeführten Angaben über die Person dürfen in mit Sicherheitsverfahren verschlüsselter Form in den Pass eingebracht werden.

(4) Die Arten der biometrischen Merkmale, ihre Einzelheiten und die Einbringung von Merkmalen und Angaben in verschlüsselter Form nach Absatz 3 sowie die Art ihrer Speicherung, ihrer sonstigen Verarbeitung und ihrer Nutzung werden durch Bundesgesetz geregelt. Eine bundesweite Datei wird nicht eingerichtet.“

c) Die bisherigen Absätze 3 und 4 werden Absätze 5 und 6.

2. § 16 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 Satz 1 wird gestrichen.

b) Nach Absatz 5 wird folgender Absatz 6 angefügt:

„(6) Im Pass enthaltene verschlüsselte Merkmale und Angaben dürfen nur zur Überprüfung der Echtheit des Dokumentes und zur Identitätsprüfung des Passinhabers ausgelesen und verwendet werden. Auf Verlangen hat die Passbehörde dem Passinhaber Auskunft über den Inhalt der verschlüsselten Merkmale und Angaben zu erteilen.“