
Schriften der Jungen Wissenschaft im Öffentlichen Recht

Tagungsband zum JuWissDay 2017 in Köln

40 Jahre „Deutscher Herbst“

Neue Überlegungen zu Sicherheit und Recht



Nomos



Schriften der Jungen Wissenschaft im Öffentlichen Recht

Tagungsband zum JuWissDay 2017 in Köln

40 Jahre „Deutscher Herbst“

Neue Überlegungen zu Sicherheit und Recht

Mit Beiträgen von:

Felix Krämer (Gießen) | Judith Sikora (Marburg) | Dr. Timo Schwander (Berlin) |
Dr. Björn Schiffbauer (Köln) | Maria Wilhelm (Münster) | Mirka Möldner (Ansbach) |
Elisabeth Kath, LL.M. (Innsbruck) | Dr. Carsten Hörich (Halle/Saale) | Dr. Tristan
Barczak, LL.M. (Münster) | Dr. Benjamin Rusteberg (Freiburg) | Tobias Brings-Wiesen
(Köln) | Dr. Frederik Ferreau (Köln)

Herausgegeben von:

Tobias Brings-Wiesen und Dr. Frederik Ferreau



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4934-8 (Print)

ISBN 978-3-8452-9147-5 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für Carsten Hörich

Inhalt

40 Jahre „Deutscher Herbst“: Neue Überlegungen zu Sicherheit und Recht – Ein Prolog	9
<i>Tobias Brings-Wiesen</i>	
Europäische Sicherheitsarchitektur Ambivalenzen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts	39
<i>Felix Krämer</i>	
Die schwierige Lage des Rechts im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts	59
<i>Judith Sikora</i>	
Wessen Freiheit? Auslandsnachrichtendienste und Grundrechte	73
<i>Timo Schwander</i>	
Zur Existenz, Bindungswirkung und Anwendbarkeit von Grundrechten am Beispiel der Fernmeldeaufklärung durch den BND	93
<i>Björn Schiffbauer</i>	
Sicherheit im Tausch gegen Selbstbestimmtheit? – Ein Plädoyer für das Grundprinzip der Transparenz	111
<i>Maria Wilhelm</i>	
Transparenz und Sphärenmodelle im Zeitalter digitaler Eingriffe	127
<i>Mirka Möldner</i>	
Abschiebung von Schutzbedürftigen bei Straffälligkeit und Terrorismusverdacht	135
<i>Elisabeth Kath</i>	
Die Folgen des Entzugs einer Aufenthaltserlaubnis	159
<i>Carsten Hörich</i>	

Inhalt

Renaissancen des Ausnahmezustands – Terrorismusbekämpfungsrecht im „Deutschen“ und „Französischen Herbst“	165
<i>Tristan Barczak</i>	
Auf der Suche nach dem verlorenen Normalzustand	191
<i>Benjamin Rusteberg</i>	
Sicherheitsanforderungen bei polizeilichen Großlagen	207
<i>Gespräch mit Jürgen Roters</i>	
Wieviel Leviathan steckt noch im Freiheitsstaat? Grundrechtliche Schutzpflichten im Wandel terroristischer Bedrohungsszenarien	223
<i>Frederik Ferreau</i>	
Verzeichnis der Autoren und Autorinnen	243

40 Jahre „Deutscher Herbst“: Neue Überlegungen zu Sicherheit und Recht – Ein Prolog

von Tobias Brings-Wiesen, Köln*

Inhalt

A. Die Relevanz einer rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Recht der inneren Sicherheit	10
B. Die Relevanz einer rechtswissenschaftlichen Retrospektive des „Deutschen Herbstes“ 1977	12
C. Die Themen des JuWissDay 2017	13
I. „Kriminalitätsbekämpfung ist Informationsverarbeitung“ – Die Überwachung als Werkzeug der Sicherheitsbehörden	13
1. Grundrechtsschutz extraterritorial?	14
2. Transparenz als „empowerment tool“ des informationell selbstbestimmten Menschen und eines funktionierenden demokratischen Rechtsstaats	18
II. Spannungslagen sicherheitspolitisch motivierter Normen des Migrationsrechts	22
III. Vom Normalzustand zum Ausnahmezustand zum Normalzustand?	27
IV. Vom Recht zur Praxis – Die komplexe Herausforderung einer effektiven Sicherheitsverwaltung im Mehrebenensystem	30
V. Die Perspektive der Praxis und ein Epilog	35
D. Unser Dank	35

*Der JuWissDay 2017 widmete sich einem so weiten wie komplexen Themenfeld. Der folgende Beitrag möchte den Leser*innen dieses Tagungsbandes einen Einstieg in die Problemkomplexe der verschiedenen Referate*

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Medienrecht und Kommunikationsrecht der Universität zu Köln, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Medienrecht (Professor Dr. Karl-E. Hain). Mehr über den Autor auf S. 243. Der Text ist eine erweiterte und mit Nachweisen versehene Fassung seines Eröffnungsvortrags zum JuWissDay 2017. Sämtliche Internetquellen wurden letztmalig abgerufen am 25.10.2018.

ermöglichen und zugleich konzentriert das besondere rechtswissenschaftliche Interesse an einer Retrospektive auf den „Deutschen Herbst“ 1977 und die Zeit des Terrors der „Roten Armee Fraktion“ (RAF) verdeutlichen. Unter Identifikation von Parallelen staatlichen Reaktionsverhaltens auf die Bedrohungsszenarien der betrachteten Zeitabschnitte sollen selektiv Kontinuitäten, Entwicklungen und Spezifika der Debatten um das Recht der inneren Sicherheit aufgezeigt werden.

A. Die Relevanz einer rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Recht der inneren Sicherheit

Die innere Sicherheit¹ ist elementarer Faktor unserer Gesellschaftsordnung. Ihr objektives Bestehen und – bisweilen mehr noch – ihr subjektives Empfinden bestimmen unseren individuellen wie gemeinschaftlichen Alltag.² Ihr Anliegen rückt oft so gewaltsam wie tragisch in den Fokus unserer Aufmerksamkeit – konkrete Taten animieren uns immer wieder zu emotionalen Debatten um den Zustand unserer inneren Sicherheit. Auch wegen dieses wiederkehrenden Moments ist das Thema zugleich abstrakt ein ständiger Tagesordnungspunkt. Die Frage nach unserer inneren Sicherheit wird in der persönlichen Wahrnehmung omnipräsent.

Entsprechend hoch sind unsere Erwartungen an den Garanten dieser Sicherheit: den Staat. Die Gewährleistung von Sicherheit ist im modernen Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland Staatszweck und Staatsaufgabe.³ Bereits die schlichte Beobachtung unseres Diskursalltags unter-

1 Das Verständnis und entsprechend der Begriff von „Sicherheit“ sind im modernen (Verfassungs-)Staat heutiger Zeit deutlich extensiver; der JuWissDay 2017 widmete sich jedoch Fragen, die klassischerweise dem Feld der „inneren Sicherheit“ zuzuordnen sind, s. zur „inneren Sicherheit“ als Staatsaufgabe und insb. zur Terminologie V. Götz, § 85 Innere Sicherheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. IV, Heidelberg 2006, S. 671 ff. (insb. Rn. 3 ff.).

2 Zur Diskrepanz zwischen objektiver Sicherheitslage und subjektivem Sicherheitsempfinden und Erklärungsansätzen aus jüngerer Zeit D. Hummelsheim-Doß, Objektive und subjektive Sicherheit in Deutschland. Eine wissenschaftliche Annäherung an das Sicherheitsgefühl, APuZ 67 (2017), 32-33, S. 34.

3 S. in jüngerer Zeit C. Calliess, Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat – Eine verfassungsrechtliche Gratwanderung mit staatstheoretischem Kompass, ZRP 2002, S. 1 (insb. S. 4), und – zur verfassungsrechtlichen Verortung – M. Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung – Sicherheitsgewährleis-

mauert diesen theoretischen Befund und verdeutlicht die zentrale Bedeutung innenpolitischer Fragestellungen. Ist ihre Sicherheit bedroht, wenden sich die Menschen an den Staat. Seine Lösungen sind von grundlegender Relevanz: Sie prägen nicht nur die gesellschaftliche Wahrnehmung staatlicher Leistungsfähigkeit – und liefern somit einen Teil des materiellen Fundaments für seine Legitimation durch den Volkssouverän –, sondern auf lange Sicht auch das Selbstverständnis eben dieser Gesellschaft und ihrer einzelnen Mitglieder.

Das Recht gerät dabei unter besonderen Erwartungsdruck. Denn in unserem gewaltenteilenden Rechtsstaat⁴ ist es zuvorderst Aufgabe des Gesetzgebers, Grundlagen und Grenzen der Gewährleistung innerer Sicherheit zu bestimmen. Damit rückt das Recht jedoch aus verschiedenen Gründen in eine undankbare Position. Bereits im Recht muss es gelingen, einen angemessenen Ausgleich der keineswegs antinomen⁵ Prinzipien von Sicherheit und Freiheit zu finden. Der Gesetzgeber muss ihre komplexe Interdependenz richtig erfassen und in Rechtssätze umsetzen: Er muss Sicherheit gewährleisten, um das „abstrakte Freiheitsversprechen“ des Grundgesetzes zu erfüllen,⁶ ohne es dabei zu brechen. Insofern bedarf es nicht nur entsprechender materieller Vorschriften, sondern notwendigerweise auch ausreichender kompetenz-, verfahrens- und befugnisrechtlicher Regelungen⁷. Diese ermöglichen eine funktionierende Rechtsdurchsetzung durch Exekutive und Judikative in der Praxis erst und dürfen insoweit weder Lücken aufweisen, noch inkonsistent oder überkomplex sein. Doch werden sie selbst in der Nähe konstruktiver Perfektion nie vollständig Vollzugsdefiziten vorbeugen können. Zuletzt muss das so geschaffene Ge-

tung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union, Tübingen 2002, S. 37 ff. jeweils m. w. Nw. S. auch BVerfGE 115, 320 (358); 143, 101 (138, Rn. 123): „Verfolgung der fundamentalen Staatszwecke der Sicherheit und des Schutzes der Bevölkerung“.

4 Zum Folgenden auch *Möstl*, Staatliche Garantie (Fn. 3), S. 364 ff., insb. S. 371 ff. m. w. Nw. S. speziell zur Zeit des RAF-Terrors auch *U. Berlitz/H. Dreier*, Die legislative Auseinandersetzung mit dem Terrorismus, im Rahmen von: F. Sack, Staat, Gesellschaft und politische Gewalt: Zur „Pathologie“ politischer Konflikte, in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.), Analysen zum Terrorismus, Bd. 4/2, Protest und Reaktion, Wiesbaden 1984, S. 228 ff.

5 Prägnant bei *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit – Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin 1983, S. 1 ff.

6 *G. Krings*, Terrorismusbekämpfung im Spannungsfeld zwischen Sicherheit und Freiheit, ZRP 2015, S. 167.

7 So ausdrücklich wie treffend *Möstl*, Staatliche Garantie (Fn. 3), S. 372.

samtkonstrukt auch tatsächlich Wirkung zeigen, wobei bereits hochschwierig ist, wirkliche Verbesserungen der inneren Sicherheit zu quantifizieren. So ist nicht verwunderlich, dass die Stärkung des Sicherheitsgefühls in der Bevölkerung⁸ als Wertfaktor in den Fokus gerät – und die Grenzen zu bloßer Symbolgesetzgebung verwischt.

Dies sind nicht zwingend nur systemspezifische Herausforderungen der Gesetzgebung im Bereich der inneren Sicherheit. Wegen der bereits erwähnten Relevanz dieses Themas für unsere Gesellschaftsordnung werden sie dort jedoch überdurchschnittlich deutlich bemerkbar, was nicht zuletzt auch eine besonders wachsame Begleitung dieser Prozesse durch die Rechtswissenschaft erforderlich macht. Es bedarf einer kontinuierlichen Analyse der Balance und Effektivität des Gesamtsystems sowie seiner einzelnen Glieder. Dies gilt noch einmal mehr in Zeiten, in denen sich der Staat (dauerhaft) unter Zugzwang sieht. Denn gerade diese Zeiten hinterlassen deutliche Spuren im Recht – Spuren, die es überdies zu vergleichen lohnt.

B. Die Relevanz einer rechtswissenschaftlichen Retrospektive des „Deutschen Herbstes“ 1977

Während der Zeit des Terrors der RAF, der im „Deutschen Herbst“ 1977 seinen Kulminationspunkt fand, befand sich die Bundesrepublik Deutschland in einer eben solchen Drucksituation. Seit die Anschläge des 11. September 2001 die Welt erschütterten und das Phänomen des internationalen islamistischen Terrorismus in den Fokus der Öffentlichkeit rückten, ist wieder ein erhöhtes Stresslevel des Staates zu konstatieren. Zweifelsohne hat sich die Welt zwischen diesen beiden Zeiträumen durch verschiedene Phänomene der Globalisierung und der digitalen Revolution signifikant weiterentwickelt. Gleichwohl sind gewisse Parallelen in den staatlichen Verhaltensmustern nicht von der Hand zu weisen. In einer rechtswissenschaftlichen Retrospektive lohnt es daher, sich – unter vorsichtiger Berücksichtigung der Umstände ihrer Zeit – auf die Suche nach Kontinuitäten, Entwicklungen und Spezifika in den Debatten um das Recht der inne-

8 S. dazu m. w. Nw. S. Middel, *Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung*, Baden-Baden 2007, S. 365 f.

ren Sicherheit zu machen, um so im Idealfall Lehren aus der Zeit des RAF-Terrors für die Gegenwart zu ziehen.

Das Programm des JuWissDay 2017⁹ bot am 21. Oktober 2017 am Tagungsort Köln – wo der „Deutsche Herbst“ 40 Jahre zuvor am 5. September 1977 mit der Entführung des Präsidenten der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V. (BDA) und des Bundesverbandes der Deutschen Industrie (BDI) *Hanns Martin Schleyer* seinen Anfang nahm – die Gelegenheit zu einer eben solchen Retrospektive.

C. Die Themen des JuWissDay 2017

Dabei konnte es nicht gelingen, dieses so weite wie komplexe Themenfeld erschöpfend zu behandeln. Die Referate und Repliken aus der Community junger Wissenschaftler*innen im Öffentlichen Recht warfen jedoch Schlaglichter auf diverse interessante Fragestellungen, die im Folgenden kurz vorgestellt werden sollen. Um das rechtswissenschaftliche Interesse an einer Retrospektive auf den „Deutschen Herbst“ 1977 weiter zu verdeutlichen, sollen dabei selektiv auch erste Verbindungen zwischen den Debatten um das Recht der inneren Sicherheit damals und heute aufgezeigt werden.

I. „Kriminalitätsbekämpfung ist Informationsverarbeitung“ – Die Überwachung als Werkzeug der Sicherheitsbehörden

Das zentrale Leitthema des Rechts der inneren Sicherheit ist sicherlich das ewige Ringen um das – je nach Interessenstandpunkt – rechtlich Mögliche bzw. rechtlich Zulässige. Zu welchen Mitteln kann der Staat greifen, um Sicherheit zu gewährleisten? Welche subjektiven Rechte kann das Individuum ihm entgegenhalten? Ein besonders praxisrelevanter Schauplatz dieses Kampfes ist das Konfliktfeld staatlicher Informationsverarbeitung.

Denn die staatliche Gewährleistung von Sicherheit lebt von Informationen. Sie sind Grundlage einer jeden Prävention, da es bereits sinnlogisch

9 S. für eine Zusammenfassung der Tagungsinhalte den Tagungsbericht von *T. Brings-Wiesen/F. Ferreau*, Am offenen Herzen staatlicher Legitimation – zum Verhältnis von Sicherheit und Recht im Angesicht neuzeitlicher Bedrohungsszenarien, integration 2018, S. 81.

der Erkenntnis einer Gefahr bedarf, um dieser vorzubeugen. Daher gehören Maßnahmen der Informationsverarbeitung zum Standardrepertoire aller Sicherheitsbehörden. Aber auch die Ahndung begangener Straftaten und Ordnungswidrigkeiten verlangt nach einer weitgehenden Sachverhaltsaufklärung, die ohne die notwendig einhergehenden repressiven Maßnahmen undenkbar wäre.

Ein zentraler Akteur des „Deutschen Herbstes“ – der damalige Präsident des Bundeskriminalamtes (BKA) *Horst Herold* – war es, der die Datenverarbeitung als Werkzeug der deutschen Polizei auch im Kampf gegen die RAF in den Mittelpunkt rückte¹⁰ – frei nach seinem Credo:

„Kriminalitätsbekämpfung ist Informationsverarbeitung – aufnehmen, speichern, verarbeiten.“¹¹

Eine der umstrittensten sicherheitsbehördlichen Maßnahmen der Informationsverarbeitung ist die (heimliche) Überwachung¹², mit der je nach gewählter Methodik bis tief in den Bereich persönlicher Lebensgestaltung der betroffenen Individuen vorgedrungen werden kann. Der daraus regelmäßig resultierende erhöhte Erkenntnisgewinn macht sie – insbesondere in Zeiten kontinuierlich wachsender technischer Möglichkeiten – für die Sicherheitsbehörden ungeheuer attraktiv. So sehr, dass man staatlicherseits nicht selten versucht, lästige rechtliche Bindungen abzuschütteln.

1. Grundrechtsschutz extraterritorial?

Als vermeintliche Rädelsführer waren auch die Mitglieder der RAF während ihrer Untersuchungshaft in Stuttgart-Stammheim Ziel von Überwachungsmaßnahmen – und das bereits einige Zeit vor dem „Deutschen Herbst“ 1977. Laut staatlicher Erklärung wurden sie in sieben Zellen des

10 S. zum kriminalistischen Ansatz *Horst Herolds* unter Auswertung seiner Publikationen m. zahlr. Nw. *L. Hartung*, Kommissar Computer – Horst Herold und die Virtualisierung des polizeilichen Wissens, 2010 (abrufbar unter: <https://refubium.fu-berlin.de/handle/fub188/18667>).

11 Zitiert nach *B. Peters*, 1977 – RAF gegen Bundesrepublik, München 2017, S. 320. Was ihm bisweilen auch den Titel „Prophet des totalen Überwachungsstaates“ einbrachte, a.a.O., S. 322.

12 Der Begriff wird hier im Interesse der Veranschaulichung bewusst verallgemeinernd verwendet. Auf seine Unschärfe weist auch *T. Schwander*, Wessen Freiheit? Auslandsnachrichtendienste und Grundrechte, S. 73 (Fn. 3) in diesem Band, hin.

sog. RAF-Traktes zu zwei Gelegenheiten für insgesamt 22 Tage abgehört. Begründet wurden die Abhörmaßnahmen damit, dass sowohl nach dem Anschlag auf die deutsche Botschaft in Stockholm im April 1975 als auch nach der Festnahme von *Siegfried Haag* und *Roland Mayer* im November 1976 „mit Aktionen der Baader-Meinhof-Bande in allernächster Zeit unter Gefährdung des Lebens unschuldiger Dritter“ zu rechnen gewesen sei.¹³ Baden-Württembergs Innenminister *Karl Schiess* und Justizminister *Traugott Bender* traten im März 1977 vor die Presse. Es habe sich um zwei Fälle rechtfertigenden Notstands im Sinne des § 34 StGB gehandelt. Justizminister *Bender* erklärte später vor dem Landtag von Baden-Württemberg:

*„Hier hat der sogenannte übergesetzliche Notstand als Rechtfertigungsgrund seine Gesetzesform erhalten, und zwar im wesentlichen gerade deshalb, weil er – wie alle Rechtfertigungsgründe – regelmäßig Einschränkungen von Grundrechten enthält. Eine Handlung, die nach § 34 des Strafgesetzbuches gerechtfertigt ist, bleibt nicht nur straflos, sie ist rechtmäßig und enthält keinen verfassungswidrigen Eingriff.“*¹⁴

Die Validität dieses Arguments wurde damals¹⁵ intensiv diskutiert¹⁶ und vielerorts rechtlich klar in Frage gestellt¹⁷. Die Vorgänge blieben jedoch ohne Auswirkung auf den „Stammheim-Prozess“, die Anträge der Verteidiger auf Einstellung des Verfahrens wurden abgelehnt.¹⁸ Der spätere Versuch, eine Verurteilung der Minister *Bender* und *Schiess* wegen Verletzung von § 201 StGB zu erreichen, endete mit einem ablehnenden Beschluss

13 S. zu allem *Peters*, 1977 (Fn. 11), S. 214 ff.

14 Landtag von Baden-Württemberg, Protokolle, 1977, Bd. 2, 24. Sitzung am 24.3.1977, S. 1443 (1444). *Bender* stützte sich offenbar maßgeblich auf einen Leserbrief des Strafrechtlers *Armin Kaufmann* in DER SPIEGEL, vgl. *J. Seifert*, Die Abhör-Affaire 1977 und der Überverfassungsgesetzliche Notstand – Eine Dokumentation zum Versuch, Unrecht zu Recht zu machen, KJ 1977, S. 105 (117).

15 Die Grundfrage der Möglichkeit der Legitimation hoheitlicher Eingriffe über § 34 StGB ist bis heute umstritten, wenngleich selbst die Befürworter von einer Anwendbarkeit der Norm (bzw. den ihr zugrundeliegenden Notstandsgrundsätzen) nur in besonderen Ausnahmefällen und unter bestimmten restriktiven Voraussetzungen ausgehen, vgl. nur *V. Erb*, in: MüKo StGB, Bd. 1, 3. Aufl., München 2017, § 34, Rn. 45 ff., und *W. Perron*, in: A. Schönke/H. Schröder (Begr.), StGB, 30. Aufl., München 2019, § 34, Rn. 7, jeweils m. zahlr. Nw.

16 S. dazu – partiell auch unter Berücksichtigung der vergleichbaren Problematik im Kontaktsperre-Beschluss des BGH, St 27, 260 – gegen die Heranziehung von § 34 StGB als Eingriffsermächtigung *A. Roßnagel*, Der alltägliche Notstand – Die über-

des Oberlandesgerichts Stuttgart.¹⁹ Der damalige Verteidiger von *Gudrun Ensslin, Otto Schily*, verließ in Reaktion auf das ministeriale Geständnis damals für immer den Stammheimer Verhandlungssaal mit den Worten:

„Was hier in diesem Verfahren stattfindet, kann man nicht anders benennen als die systematische Zerstörung aller rechtsstaatlichen Garantien.“²⁰

verfassungsgesetzliche Generalklausel, KJ 1977, S. 257; *K. Amelung*, Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates?, NJW 1977, S. 833; *ders.*, Nochmals – § 34 StGB als öffentlichrechtliche Eingriffsnorm?, NJW 1978, S. 623; *F. Sydow*, § 34 StGB – kein neues Ermächtigungsgesetz!, JuS 1978, S. 222; *P. Kirchhof*, Polizeiliche Eingriffsbefugnisse und private Nothilfe, NJW 1978, S. 969; *E.-W. Böckenförde*, Der verdrängte Ausnahmezustand – Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen, NJW 1978, S. 1881 (1883 f.); *G. Lübke-Wolff*, Rechtsstaat und Ausnahmerecht. Zur Diskussion über die Reichweite des § 34 StGB und über die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Regelung des Ausnahmezustandes, ZParl 1980, S. 110 (111 ff.); *E.-W. Böckenförde*, Rechtsstaat und Ausnahmerecht. Eine Erwiderung, ZParl 1980, S. 591 (591 f.). Befürwortend demgegenüber *J. Schwabe*, Zur Geltung von Rechtfertigungsgründen des StGB für Hoheitshandeln, NJW 1977, S. 1902; *R. Lange*, Terrorismus kein Notstandsfall? – Zur Anwendung des StGB § 34 im öffentlichen Recht, NJW 1978, S. 784; *H.-J. Vogel*, Strafverfahrensrecht und Terrorismus, eine Bilanz, NJW 1978, S. 1217 (1223); wohl auch *M. Schröder*, Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaates – Überlegungen zur Verteidigung des Rechtsstaates in außergewöhnlichen Lagen, AöR 1978, S. 121 (135 ff.). Mit einem detaillierten Überblick zu den Reaktionen auf die „Stammheimer Abhöraffaire“ in der allgemeinen Presse *Seifert*, Abhör-Affaire (Fn. 14), S. 105 ff.

- 17 Es bekam indes Aufwind durch den Kontaktsperre-Beschluss des BGH, St 27, 260, dem sich das BVerfG, E 46, 1, wegen des zwischenzeitlich in Kraft getretenen Gesetzes zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz, BGBl. I 1977, S. 1877, nicht entgegenstellte. Die neu eingeführten §§ 31 ff. EGGVG wurden nur Wochen später als neue Rechtsgrundlage vom BGH, St 27, 276, herangezogen; das Gesetz selbst wurde vom BVerfG, E 49, 24, für verfassungsgemäß erklärt. Der BGH hielt später an dem Ansatz, auf die Notstandsgrundsätze gestützte staatliche Maßnahmen zu akzeptieren, grundsätzlich fest, BGHSt 31, 304 (307); 34, 39 (51 f.), betonte allerdings dessen Ausnahmecharakter und begrenzte seinen Anwendungsbereich.

- 18 S. dazu *Peters*, 1977 (Fn. 11), S. 220 f.

- 19 Vgl. Landesarchiv Baden-Württemberg, Akte EA 4/414 zum Ermittlungsverfahren gegen die Landtagsabgeordneten Justizminister Dr. Traugott Bender und Innenminister Karl Schiess wegen Verdachts eines Vergehens nach § 201 StGB (Abhörung von Gesprächen zwischen Mitgliedern der Baader-Meinhof-Gruppe und ihren Verteidigern in der Justizvollzugsanstalt Stuttgart-Stammheim).

- 20 Zitiert nach *Peters*, 1977 (Fn. 11), S. 216.

Auch wir sahen uns in den vergangenen Jahren wiederholt einem Staat gegenüber, der zur Befriedigung seines Bedürfnisses nach einem Zugriff auf persönliche Daten in Breite und Tiefe bereit war zu rechtsstaatlichen Grenzgängen, gar Grenzüberschreitungen. Doch in den Fällen der sog. „Vorratsdatenspeicherung“,²¹ der verschiedenen Überwachungsmöglichkeiten nach dem Bundeskriminalamtgesetz²² oder hinsichtlich der Befugnis zur Online-Durchsuchung²³ setzte sich die Zivilgesellschaft in jüngerer Zeit unter Berufung auf ihre Grundrechte (weitgehend) erfolgreich zur Wehr.

Was aber, wenn der Staat eben jene lästige grundrechtliche Bindung abschütteln könnte? Und dies in einem Bereich seines informationsverarbeitenden Handelns, der angesichts der internationalen Dimension von Bedrohungsszenarien und der gewachsenen technischen Möglichkeiten in der heutigen Zeit von ungleich größerer Bedeutung ist: bei der sog. „Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung“ des Bundesnachrichtendienstes (BND). Diesen Versuch unternehmen hinsichtlich des Fernmeldegeheimnisses nach Art. 10 GG bis heute der BND und die Bundesregierung. Ihre Rechtsauffassung liegt auch den einschlägigen Vorschriften der §§ 6 ff. BNDG²⁴ zugrunde, die zu wesentlichen Teilen Gegenstand einer aktuell anhängigen Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht

21 BVerfGE 125, 260. Verfassungsbeschwerden gegen die neugefassten Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung, vgl. Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten v. 10.12.2015, BGBl. I 2015, S. 2218, sind weiterhin anhängig; Eilanträge wurden mehrfach vom BVerfG abgelehnt: Beschl. v. 8.6.2016 – 1 BvQ 42/15, NVwZ 2016, S. 1240; Beschl. v. 8.6.2016 – 1 BvR 229/16; Beschl. v. 26.3.2017 – 1 BvR 3156/15; Beschl. v. 26.3.2017 – 1 BvR 141/16. Vgl. auch EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – verb. Rs. C-293/12 und C-594/12 – *Digital Rights Ireland und Seitlinger u.a.*; Urt. v. 21.12.2016 – verb. Rs. C-203/15 und C-698/15 – *Tele2 Sverige*.

22 BVerfGE 141, 220.

23 S. bereits BVerfGE 120, 274; s. auch BVerfGE 141, 220 (303 ff., Rn. 208 ff.).

24 Gesetz über den Bundesnachrichtendienst (BND-Gesetz – BNDG) v. 20.12.1990 (BGBl. I 1990, S. 2954, 2979), zul. geänd. durch Art. 4 des Gesetzes v. 30.6.2017 (BGBl. I 2017, S. 2097). Die Vorschriften zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung wurden wegen verfassungsrechtlicher Bedenken hinsichtlich des Fehlens gesetzlicher Grundlagen, vgl. nur B. Huber, Die strategische Rasterfahndung des Bundesnachrichtendienstes – Eingriffsbefugnisse und Regelungsdefizite, NJW 2013, S. 2572, mit dem Gesetz zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes v. 23.12.2016, BGBl. I 2016, S. 3346, neu eingeführt; zu den Änderungen W. Karl/M. Soiné, Neue Rechtsgrundlagen für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, NJW 2017, S. 919.

sind²⁵. Der elementaren Vorfrage der verfassungsrechtlichen Bewertung – der der extraterritorialen Geltung von Art. 10 GG – widmete sich auf dem JuWissDay 2017 bereits *Timo Schwander* in seinem Beitrag „Wessen Freiheit? Auslandsnachrichtendienste und Grundrechte“,²⁶ welchen *Björn Schiffbauer* in seinem Vortrag „Zur Existenz, Bindungswirkung und Anwendbarkeit von Grundrechten am Beispiel der Fernmeldeaufklärung durch den BND“ kommentierte²⁷.

2. Transparenz als „empowerment tool“ des informationell selbstbestimmten Menschen und eines funktionierenden demokratischen Rechtsstaats

Derartige Ausweichmanöver im Ringen um das rechtlich Mögliche bzw. rechtlich Zulässige haben jedoch Seltenheitswert. Im Regelfall kommt es zur grundrechtlichen Kraftprobe, die wesentlich von der Abwägung der widerstreitenden Verfassungsgüter geprägt ist. Dieser Abwägungsvorgang ist bekanntermaßen je nach Sachzusammenhang und betroffenem Grundrecht von verschiedenen Abwägungsfaktoren geprägt. Es ist ein diffuser Graubereich fernab von Ergebnissen in schwarz oder weiß, in dem sich der Grundrechtsschutz auf höchst unterschiedliche Weise zu realisieren vermag.²⁸ Hinsichtlich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hat als Abwägungsfaktor das Prinzip der Transparenz eine tragende Rolle.²⁹

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung, zum Brief-, Post- und Fernmeldege-

25 S. dazu die Beschwerdeschrift v. 19.12.2017, abrufbar unter: https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2018/01/GFF_Verfassungsbeschwerde_BNDG_ano nym.pdf.

26 S. dazu S. 73.

27 S. dazu S. 93.

28 Zur Vielgestaltigkeit des Grundrechtsschutzes insofern treffend das BVerfG, E 120, 351 (360): „Der durch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vermittelte Grundrechtsschutz erschöpft sich nicht in einem Abwehrrecht gegen staatliche Datenerhebung und Datenverarbeitung. Dieses Grundrecht schützt auch das Interesse des Einzelnen, von staatlichen informationsbezogenen Maßnahmen zu erfahren, die ihn in seinen Grundrechten betreffen.“

29 S. für einen aktuellen Überblick über die weiteren relevanten Abwägungsfaktoren BVerfGE 141, 220 (282 ff., Rn. 134 ff.).

heimnis und zum Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung³⁰ hat dieses Prinzip eine bemerkenswerte Entwicklung erfahren. Bereits im sog. „Volkszählungsurteil“ klang seine Relevanz an:

„Würde das Volkszählungsgesetz 1983 demnach verhindern, daß der Bürger Kenntnis davon erlangen könnte, wer wo über welche seiner personenbezogenen Daten in welcher Weise und zu welchen Zwecken verfügt, so wäre sein Rechtsschutz verfassungsrechtlich unzureichend.“³¹

Diese Ausführungen erfolgten im Kontext der Prüfung einer möglichen Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG und konzentrierten die Betrachtung noch auf die Möglichkeit eines nachträglichen gerichtlichen Rechtsschutzes.³² Später stellte das Gericht jedoch erweiternd klar, dass ein Anspruch auf Kenntnisnahme ein Erfordernis effektiven Grundrechtsschutzes sei und sich nicht auf den gerichtlichen Rechtsschutz verenge, sondern eine Vorwirkung entfalten könne.³³ Folgerichtig begann es, das Transparenzinteresse des Individuums aus dem jeweils betroffenen Grundrecht in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG abzuleiten – eine Argumentationslinie, die bis heute beibehalten wird.³⁴

30 Die Grundrechte weisen starke Überschneidungen in ihren sachlichen Schutzbereichen auf, vgl. nur BVerfGE 100, 313 (358): Art. 10 GG als „spezielle Garantie“ zu Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG; sowie BVerfGE 115, 166 (187): Art. 13 GG zumindest als partiell „spezielleres Freiheitsrecht“ gegenüber Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Die Rechtsprechung des BVerfG weist eine entsprechend starke Parallelisierung auf; insbesondere zu Fragen der Transparenz verweisen die verschiedenen Entscheidungen kontinuierlich auf Rechtsprechung zu einem der anderen Grundrechte.

31 BVerfGE 65, 1 (70). Dieser Grundgedanke war jedoch im Hinblick auf Art. 10 GG und auch Fragen der Verhältnismäßigkeit keineswegs neu, vgl. nur BVerfGE 30, 1 (21, 31 f.).

32 Andernorts, BVerfGE 65, 1 (50), deutete sich hinsichtlich der Weiterleitung personenbezogener Daten indes bereits an, dass das Gericht Transparenzerwägungen auch im Rahmen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zu berücksichtigen gedachte.

33 Zu Art. 10 GG BVerfGE 100, 313 (361); zu Art. 13 GG BVerfGE 109, 279 (363 f.); vgl. auch zu Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG BVerfGE 118, 168 (207 f.); 120, 351 (360 ff.).

34 So zuletzt ausdrücklich BVerfGE 141, 220 (282, Rn. 134): „Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stellt auch Anforderungen an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle [...]. Die insoweit geltenden Anforderungen ergeben sich aus dem jeweiligen Grundrecht in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG [...]“.

Somit wurde Transparenz auch zu einem zentralen Abwägungsfaktor im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Überwachungsmaßnahmen.³⁵ Im Interesse eines effektiven Grundrechtsschutzes gewann mit der Zeit jedoch noch eine andere Wirkfacette von Transparenz an Bedeutung: ihre „empowerment“-Funktion.³⁶ Das Gericht erkannte an, dass das Wissen um eine Überwachung dem Individuum Orientierung gibt und somit eine individuell selbstbestimmte Entscheidung über sein Verhalten ermöglicht. Besonders plastisch wurde dies noch einmal im 2010er Urteil zur sog. „Vorratsdatenspeicherung“ gefasst:

„Eine vorsorgliche anlasslose Speicherung aller Telekommunikationsverkehrsdaten über sechs Monate ist unter anderem deshalb ein so schwerwiegender Eingriff, weil sie ein Gefühl des ständigen Überwachtwerdens hervorrufen kann; sie erlaubt in unvorhersehbarer Weise tiefe Einblicke in das Privatleben, ohne dass der Rückgriff auf die Daten für den Bürger unmittelbar spürbar oder ersichtlich ist. Der Einzelne weiß nicht, was welche staatliche Behörde über ihn weiß, weiß aber, dass die Behörden vieles, auch Höchstpersönliches über ihn wissen können. Der Gesetzgeber muss die diffuse Bedrohlichkeit, die die Datenspeicherung hierdurch erhalten kann, durch wirksame Transparenzregeln auffangen. [...] Sie haben zum einen die Aufgabe, eine sich aus dem Nichtwissen um die tatsächliche Relevanz der Daten ergebende Bedrohlichkeit zu mindern, verunsichernden Spekulationen entgegenzuwirken und den Betroffenen die Möglichkeit zu schaffen, solche Maßnahmen in die öffentliche Diskussion zu stellen.“³⁷

So wichtig es auch sein mag, diese Funktion der Stärkung der individuellen Selbstbestimmung zu fokussieren, darf jedoch eine letzte Wirkfacette von Transparenz nicht unbeachtet bleiben, die sich bereits im letzten Teilsatz des vorangehenden Zitats offenbart: ihre die Grundlagen des demokratisch-rechtsstaatlichen Gemeinwesens stärkende Funktion. Darauf machte zuletzt auch das Bundesverfassungsgericht in seinen Urteilen zum Antiterrordateigesetz und zum Bundeskriminalamtgesetz noch einmal aufmerksam:

35 Besonders deutlich BVerfGE 125, 260 (334 ff.).

36 S. dazu bereits BVerfGE 65, 1 (42 f.); 115, 166 (188); 120, 351 (360 f.).

37 BVerfGE 125, 260 (335); die Annahme einer diffusen Bedrohlichkeit geheimer staatlicher Beobachtung aufgreifend BVerfGE 141, 220 (282, Rn. 135). Vgl. auch EuGH, Urte. v. 8.4.2014 – verb. Rs. C-293/12 und C-594/12 – *Digital Rights Ireland und Seitlinger u.a.*, Rn. 37; Urte. v. 21.12.2016 – verb. Rs. C-203/15 und C-698/15 – *Tele2 Sverige*, Rn. 100.

„Transparenz der Datenverarbeitung soll dazu beitragen, dass Vertrauen und Rechtssicherheit entstehen können und der Umgang mit Daten in einen demokratischen Diskurs eingebunden bleibt.“³⁸

Vor diesem Hintergrund lohnt es, einen Blick zurück in die Zeit vor dieser Rechtsprechungsentwicklung zu werfen und noch einmal die „Stammheimer Abhöraffäre“ zu begutachten. Denn dieser Vorgang zeigte bereits damals, welch ungeheure Relevanz und Wirkmacht Transparenz staatlichen Verhaltens besitzen kann.

Um drohenden Enthüllungsberichten zuvorzukommen, bemühten sich wie bereits dargestellt die Minister *Schiess* und *Bender* im März 1977 – nicht ganz freiwillig – um Transparenz. Sie traten vor die Öffentlichkeit und erklärten, dass im RAF-Trakt von Stammheim abgehört worden war.³⁹ Es ist jedoch bemerkenswert, dass nach diesem „Staatsgeständnis“⁴⁰ jegliche weitere Bemühung um Transparenz unterblieb. Tonbänder und Abschriften der Abhörmaßnahmen sowie die restliche Dokumentation zu diesem Vorgang wurden fast vollständig zerstört.⁴¹ Es ist daher bis heute nicht klar, was eigentlich aufgenommen und auf welcher Tatsachengrundlage der Vorgang für gerechtfertigt erachtet wurde. Entsprechend blieb In-sassen wie Verteidigern ein „effektiver Grundrechtsschutz“ – zumindest im Sinne des seither entwickelten Verständnisses – verwehrt. Zugleich nährte die Heimlichkeit Spekulationen und Mutmaßungen: Wurde neben den zwei publik gemachten Vorgängen wirklich nicht auch zu weiteren Gelegenheiten – wie beispielsweise während der Entführung von *Hanns Martin Schleyer* – abgehört? Lagen den Behörden tatsächlich noch weitere Informationen vor, die ihr Vorgehen gegen die RAF determinierten? Die wenigen bekannten Fakten schufen jedenfalls die Basis für ein durchaus gravierendes Misstrauen in den Staatsapparat.

An diesem historischen Beispiel der RAF-Zeit zeigt sich, dass Information und Wissen nicht nur für den Staat bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben der Gefahrenabwehr von ungeheurer Relevanz sind. Sie sind *vice versa* auch von erheblichem Wert für die Individuen, die mit Hilfe der Transparenz in Stande gesetzt werden, *staatliches* Handeln entweder zu

38 BVerfGE 133, 277 (366, Rn.206); fast wortgleich BVerfGE 141, 220 (282, Rn.135).

39 *S. Aust*, Der Baader-Meinhof-Komplex, Neuausgabe, Hamburg 2017, S. 665 f.

40 So *Peters*, 1977 (Fn. 11), S. 214.

41 *S. dazu Peters*, 1977 (Fn. 11), S. 217 ff.; ausf. zu den bis heute ungeklärten Fragen auch *Aust*, Komplex (Fn. 39), S. 929 ff.

akzeptieren oder aber in Frage zu stellen – und in der Folge *eigenes* Handeln *selbstbestimmt* anzupassen. Dass das Grundgesetz dem Staat insofern weder eine Pflicht zur absoluten Transparenz, noch *bestimmte* Transparenzpflichten auferlegt, ist evident. Es obliegt vorrangig dem Gesetzgeber, unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Geheimhaltungsinteressen des Staates und betroffener Dritter sowie weiterer relevanter Parameter die richtigen Antworten zu Fragen nach Art und Ausmaß von Transparenz zu finden.⁴²

Maria Wilhelm stellte auf dem JuWissDay 2017 in ihrem Vortrag „Sicherheit im Tausch gegen Selbstbestimmtheit? – Ein Plädoyer für das Grundprinzip der Transparenz“ ein „abgestuftes Transparenzmodell“ vor, das Orientierungspunkte für eine Operationalisierung des Grundprinzips der Transparenz für bestimmte Eingriffstypen bieten soll.⁴³ Dieses Modell kommentierte im Anschluss Mirka Möldner in ihrem Vortrag „Transparenz und Sphärenmodelle im Zeitalter digitaler Eingriffe“.⁴⁴

II. Spannungslagen sicherheitspolitisch motivierter Normen des Migrationsrechts

Tendenziell dominiert die Frage nach dem rechtlich Möglichen bzw. rechtlich Zulässigen die Diskurse um das Recht der inneren Sicherheit. Nicht minder relevant ist jedoch die Frage nach dem rechtlich Sinnvollen: Vermag ein Rechtsrahmen wirklich die Zwecke erreichen, die den Gesetzgeber zu seiner Normierung motivierten? Die Suche nach diese beiden Fragen verbindenden Analysefeldern führte im Jahr 2017 beinahe zwangsläufig in ein Rechtsgebiet, das im staatlichen Umgang mit dem RAF-Terror zwar keine wirkliche Rolle spielte, dessen Relevanz aber – auch für die sicherheitsrechtliche Debatte – in den vergangenen Jahren ungeheuer gewachsen ist: das Migrationsrecht. Dessen Entwicklung muss selbstverständlich im Gesamtzusammenhang der verstärkten Migrationsbewegungen der vergangenen Jahre betrachtet werden. Zugleich ist jedoch anzuerkennen, dass zwei Schlüsselerlebnisse für die sicherheitspolitisch moti-

42 Vgl. aus der umfangreichen Rspr. des BVerfG nur BVerfGE 100, 313 (361); 118, 168 (207 f.); 120, 351 (363 f.); 125, 260 (336 f.); insb. BVerfGE 133, 277 (367 ff., Rn. 209 ff.), und 141, 220 (282 ff., Rn. 136 ff.).

43 S. dazu S. 111.

44 S. dazu S. 127.

vierten Vorschriften dieses Rechtsgebiets und ihre Anwendung besonders prägend waren.

Die Erinnerungen an den Anschlag auf den Weihnachtsmarkt am Berliner Breitscheidplatz im Dezember 2016 waren im Folgejahr hinreichend präsent. Die politische und rechtliche Aufarbeitung der Geschehnisse befand sich in vollem Gange.⁴⁵ Erste offizielle Untersuchungen,⁴⁶ aber auch die öffentliche Debatte widmeten sich insbesondere einer Frage: Warum war der Täter *Anis Amri* nicht abgeschoben worden? *Amri* war tunesischer Staatsangehöriger, sein Antrag auf Asyl wurde Mitte 2016 als „offensichtlich unbegründet“⁴⁷ abgelehnt; bereits in Italien war er zu einer Haftstrafe von vier Jahren verurteilt worden, sein strafrechtlich relevantes Verhalten setzte sich in Deutschland fort; von Nordrhein-Westfalen und Berlin wurde er gar als „Gefährder“ eingestuft, wenngleich die Gefährdungsprognose der Sicherheitsbehörden Zeit seines Aufenthalts schwankte.⁴⁸ Der Fall

45 Sie ist bis heute nicht abgeschlossen. Ihr widmen sich aktuell mit verschiedenen Schwerpunkten der 1. Untersuchungsausschuss des 19. Deutschen Bundestages (eingesetzt durch Beschluss v. 1.3.2018, BT-Plenarprotokoll 19/17, S. 1397B – 1406A; vgl. zum Untersuchungsauftrag Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung v. 27.2.2018, BT-Drs. 19/943), der 1. Untersuchungsausschuss des 18. Abgeordnetenhauses von Berlin (eingesetzt durch Beschluss v. 6.7.2017, Nr. 2017/13/25 B, Drs. 18/0462; vgl. zum Untersuchungsauftrag ebd.) sowie der Untersuchungsausschuss I des 17. Landtages Nordrhein-Westfalen (eingesetzt durch Beschluss v. 1.6.2017, LT-Plenarprotokoll 17/1, S. 17; vgl. zum Untersuchungsauftrag den Antrag der Fraktionen der CDU, SPD, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN v. 1.6.2017, LT-Drs. 17/17).

46 Vgl. die Wissenschaftliche Analyse und Bewertung im Fall von Anis Amri v. 27.3.2017 durch Prof. Dr. *Bernhard Kretschmer* (abrufbar unter: https://www.land.nrw/sites/default/files/asset/document/unabhaengige_wissenschaftliche_analyse_und_bewertung_im_fall_anis_amri_0.pdf), den ersten Zwischenbericht des Untersuchungsausschusses V des 16. Landtages Nordrhein-Westfalen v. 4.4.2017, LT-Drs. 16/14550, sowie den Abschlussbericht des Sonderbeauftragten *Bruno Jost* des Senats von Berlin für die Aufklärung des Handelns der Berliner Behörden im Fall AMRI v. 10.10.2017 (abrufbar unter: <https://www.berlin.de/sen/inneres/presse/weitere-informationen/artikel.638875.php>).

47 S. dazu § 30 AsylG.

48 Vgl. zu allem die Chronologie „Behördenhandeln um die Person des Attentäters vom Breitscheidplatz Anis Amri“ (Stand: 2/2017; abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/sicherheit/chronologie-amri.html>), sowie die ergänzte Fassung von Prof. Dr. *Bernhard Kretschmer* (abrufbar unter: https://www.land.nrw/sites/default/files/asset/document/amri-anlage_chronologie.pdf).

Amri bot mithin genügend Anlässe, die Vorschriften über die Beendigung des Aufenthalts in den §§ 50 ff. AufenthG in den Fokus der Allgemeinheit zu rücken. Er führte insbesondere zu einer – weitgehend theoretischen⁴⁹ – Wiederentdeckung des bereits seit 2005⁵⁰ existierenden § 58a AufenthG, auf dessen Grundlage zur Abwehr einer besonderen Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr eine Abschiebungsanordnung erlassen werden kann.⁵¹

Eine ähnlich signifikante Wirkung hatte die Silvesternacht 2015/2016 am Kölner Hauptbahnhof. In einer Menge von weit über 1.000 Menschen kam es zu zahlreichen Sexual-, Körperverletzungs- und Eigentumsdelikten. Im Laufe des Jahres 2016 stieg die Zahl der Strafanzeigen auf deutlich über 1.000 an, während die Zahl gerichtlicher Verfahren oder gar Verurteilungen überschaubar blieb⁵². Auch hier kam es zu einer intensiven Aufarbeitung des sicherheitsbehördlichen Vorgehens.⁵³ Es waren jedoch die migrationsrelevanten Aspekte des Sachverhalts, die zu greifbaren Konsequenzen führten: Aufgrund ihres äußeren Erscheinungsbildes wurde den Tätern bereits früh eine Herkunft aus dem nordafrikanischen bzw. arabischen Raum attestiert. Die Vermutung wurde später durch Fakten abgelöst: Ende 2017 stand fest, dass zumindest von den 354 namentlich bekannten Beschuldigten über zwei Drittel tatsächlich eine entsprechende Staatsangehörigkeit hatten; rund die Hälfte von ihnen befand sich im Asylverfahren oder illegal bzw. mit ungeklärten Aufenthaltsstatus in Deutschland.⁵⁴ Zu diesem Zeitpunkt hatte der Bundesgesetzgeber aber be-

49 In der Praxis sind Abschiebungsanordnungen nach § 58a AufenthG weiterhin selten, s. die Antworten der Bundesregierung v. 27.4.2018, BT-Drs. 19/1558 (neu), S. 6, und v. 9.11.2018, BT-Drs. 19/5648, S. 7 f.

50 Eingeführt durch das Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz) v. 30.7.2004, BGBl. I 2004, S. 1950.

51 S. zu § 58a AufenthG ausführlich A. Kießling, Ein „neues“ Instrument der Terrorismusabwehr: die Auferstehung der Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG, NVwZ 2017, S. 1019; U. Berlitz, Umgang mit Gefährdern im Aufenthaltsrecht – Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Abschiebungsanordnungen, ZAR 2018, S. 89.

52 Vgl. R. Lauter, Zwei Jahre und 36 Verurteilungen später, ZEIT Online v. 31.12.2017 (abrufbar unter: <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2017-12/koelner-silvesternacht-2015-sexuelle-uebergreif-ermittlungen>).

53 Vgl. den Schlussbericht des Untersuchungsausschusses IV des 16. Landtages Nordrhein-Westfalen v. 23.3.2017, LT-Drs. 16/14450.

54 Lauter (Fn. 52).

reits reagiert: Zur Sicherung des gesellschaftlichen Friedens in Deutschland und der Akzeptanz für die Aufnahme von Schutzbedürftigen sowie für die legale Zuwanderung⁵⁵ ergänzte man im März 2016⁵⁶ unter anderem den § 60 Abs. 8 Satz 3 AufenthG und senkte so die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Versagung der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft wegen Straffälligkeit deutlich ab.

Bemerkenswert ist an diesen Vorgängen keineswegs, *dass* Erwägungen der inneren Sicherheit den Rechtsrahmen für Migration formen. Bemerkenswert ist, *wie* sie es hier tun.⁵⁷

Gemein ist den beiden Vorschriften zum einen ihre Tatbestandsstruktur. Sie verlangen vom Rechtsanwender eine auf bestimmte Tatsachen gestützte zukunftsgerichtete Prognose über die Gefährlichkeit eines Ausländers.⁵⁸ Abgesehen vom partiell hohen Abstraktionsgrad der verwendeten Termini⁵⁹ stimmt insbesondere die Vorverlagerung der Entscheidungsbefugnisse in das Vorfeld konkreter Gefahren bedenklich. Diese Entwicklungstendenz

55 So die Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD v. 16.2.2016, BT-Drs. 18/7537, S. 1, 5.

56 Gesetz zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern v. 11.3.2016, BGBl. I 2016, S. 394. Die Vorschrift wurde in der hier relevanten Passage noch einmal durch das Fünfzigste Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung v. 4.11.2016, BGBl. I 2016, S. 2460, geändert.

57 Bemerkenswert, weil besorgniserregend ist auch, wie diese Rechtsänderungen und der sie begleitende Diskurs Migrationsbewegungen nicht selten in eindimensionaler und gefährlicher Weise mit Bedrohungsszenarien in Verbindung setzen und so die öffentliche und individuelle Wahrnehmung von Migrant*innen zu ihrem Nachteil prägen. Auf diese Problematik soll an dieser Stelle jedoch nicht eingegangen werden.

58 § 58a Abs. 1 Satz 1 AufenthG: „auf Tatsachen gestützten Prognose zur Abwehr einer besonderen Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr“; § 60 Abs. 8 Satz 3 AufenthG: „wenn der Ausländer eine Gefahr für die Allgemeinheit bedeutet, weil er [...]“.

59 S. zur Auslegung der Tatbestandsmerkmale grundlegend BVerwGE 158, 225; 158, 249; 159, 296. Die Zahl der Entscheidungen des BVerwG ist auch seither weiter gestiegen. Das BVerfG hat sowohl die Vorschrift selbst als auch deren Anwendung durch das BVerwG für verfassungsgemäß gehalten, BVerfG, NVwZ 2017, S. 1526; NVwZ 2017, S. 1530.