

An das
Bundesverfassungsgericht
Schloßbezirk 3
76131 Karlsruhe

Verfassungsbeschwerde

1. des Herrn [... anonymisiert ...]
2. des Herrn [... anonymisiert ...]

Wir beantragen,

das Gesetz zu dem Übereinkommen des Europarats vom 23. November 2001 über Computerkriminalität vom 05.11.2008 (Bundesgesetzblatt Teil II, 2008, Nr. 30 vom 10.11.2008, S. 1242) für unvereinbar mit Artikel 10, Artikel 2 Absatz 1, Artikel 1 Absatz 1, Artikel 13, Artikel 101, Artikel 102, Artikel 104 und Artikel 19 Absatz 4 des Grundgesetzes und nichtig zu erklären.

Inhaltsübersicht

A.	TATBESTAND	4
B.	ANNAHMEVORAUSSETZUNGEN	4
C.	ZULÄSSIGKEIT DER VERFASSUNGSBESCHWERDE	5
D.	BEGRÜNDETHEIT DER VERFASSUNGSBESCHWERDE	7
I.	Verletzung der Art. 10 und Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG	8
	1. Schutzbereich	8
	a) Sachlicher Schutzbereich	8
	b) Schutz vor Zustimmungsgesetzen zu völkerrechtlichen Verträgen	8
	c) Schutz vor zurechenbarem Verhalten Dritter	10
	2. Grundrechtseingriff	12
	a) Innerstaatliche Geltung als Grundrechtseingriff	12
	b) Mittelbare Folgen als Grundrechtseingriff	12
	3. Mangelnde Rechtfertigung	15
	a) Legitimes Ziel	16
	b) Verletzung des Zitiergebots (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG).....	16
	c) Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgebots	20
	aa) Inhalt des Verhältnismäßigkeitsgebots	20
	bb) Unverhältnismäßigkeit der Art. 29, 30 CCC.....	21
	(1) Rechtshilfpflichten	21
	(2) Keine grundrechtsfreundliche Umsetzung	23
	(a) Unverhältnismäßige Ersuchen	23
	(b) Unverhältnismäßige Erledigung	24
	(3) Unverhältnismäßigkeit trotz grundrechtsfreundlicher Umsetzung	25
	(4) Keine Rechtfertigung durch Besonderheiten des vorliegenden Falls	26
	(a) Art. 23, 24 GG nicht einschlägig	28
	(b) Ungeschriebene Ausnahmefälle nicht einschlägig	29
	(c) Keine „faktische Vertragsunfähigkeit“	30
	(d) Keine „Isolierung“ Deutschlands	32
	(e) Weitreichende Übereinstimmung der deutschen Grundrechte mit internationalen Verbürgungen	33
	(f) Keine Beeinträchtigung des Rechtshilfeverkehrs	38
	(g) Respekt vor ausländischen Rechtsordnungen gewährleistet	39
	(h) Grundrechtsbindung ist nicht „völkerrechtsfeindlich“	39

(i) Politische Folgen der Verwerfung des Zustimmungsgesetzes.....	43
(j) Ausnahme.....	45
(k) Zwischenergebnis.....	45
(l) Hilfsweise: Verstoß gegen ordre public der deutschen Rechtsordnung.....	45
(m) Hilfsweise: Verstoß gegen völkerrechtlichen ordre public.....	46
(aa) Die EMRK als Prüfungsmaßstab	46
(bb) Anwendung auf den vorliegenden Fall.....	48
cc) Unverhältnismäßigkeit des Art. 32 CCC	48
d) Mangelnde Zweckbindung in Empfängerstaaten	49
aa) Inhalt des Zweckbindungsgebots.....	49
bb) Fehlende Zweckbindung im Übereinkommen.....	50
cc) Fehlende Zweckbindung im innerstaatlichen Recht der anderen Vertragsstaaten	53
dd) Keine grundrechtsfreundliche Umsetzung	54
ee) Verletzung trotz grundrechtsfreundlicher Umsetzung.....	55
ff) Keine Rechtfertigung durch Mittelbarkeit des Grundrechtseingriffs.....	56
(1) Volle Grundrechtsgeltung; keine allgemeine „Beschränkung des verfassungsrechtlichen Maßstabs“	56
(2) Keine Rechtfertigung durch Rechtsgüterschutz.....	66
(3) Keine Rechtfertigung durch Vertrauen ohne Grundlage.....	67
(4) Keine Rechtfertigung durch Achtung fremder Rechtsordnungen	70
(5) Keine Rechtfertigung durch Erhalt des Rechtshilfeverkehrs	72
(6) Keine Rechtfertigung durch Erhalt der außenpolitischen Handlungsfähigkeit der Bundesregierung.....	73
(7) Zwischenergebnis	74
(8) Hilfsweise: Verletzung der unabdingbaren Grundsätze des deutschen Rechts.....	74
(9) Hilfsweise: Verletzung völkerrechtlicher Verpflichtungen	74
e) Fehlen einer unabhängigen Kontrolle.....	75
f) Fehlende Protokollierungspflicht	78
g) Fehlende Benachrichtigung.....	79
h) Fehlender Anspruch auf Auskunft, Berichtigung und Löschung.....	81
4. Ergebnis.....	82
II. Verletzung des Artikel 13 GG.....	83
III. Verletzung der Artikel 1 Abs. 1, 101, 102, 104 GG	83
IV. Verletzung des Artikel 19 Abs. 4 GG.....	87
V. Zusammenfassung.....	90

A. Tatbestand

Wir wenden uns gegen den deutschen Beitritt zum Übereinkommen des Europarats vom 23. November 2001 über Computerkriminalität (Convention on Cybercrime, CCC), weil die Rechtshilfe Regelungen dieses Übereinkommens (Art. 25 ff. CCC) unsere Grundrechte nicht wahren.

Wir sind [... anonymisiert ...]

Insgesamt befürchten wir, jederzeit einer Maßnahme nach dem Übereinkommen ausgesetzt werden zu können. Dem Abkommen zufolge haben deutsche Stellen „im größtmöglichen Umfang Rechtshilfe [...] für die Erhebung von Beweismaterial in elektronischer Form für eine Straftat“ zugunsten ausländischer Staaten zu leisten (Art. 25 CCC). Aufgrund dieser sehr weiten Bestimmung ist zu befürchten, dass Daten über uns erhoben oder übermittelt werden können, auch wenn nicht wir, sondern etwa nur ein Bekannter von uns im Verdacht einer Straftat steht.

Das Übereinkommen ist am 01.07.2004 in Kraft getreten.¹ Auch die USA haben das Übereinkommen mit Wirkung seit dem 01.01.2007 ratifiziert² und sind Vertragspartei.

B. Annahmeveraussetzungen

Der Verfassungsbeschwerde kommt grundsätzliche Bedeutung zu, weil sie verfassungsrechtliche Fragen aufwirft, die sich nicht ohne weiteres aus dem Grundgesetz beantworten lassen und noch nicht durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung geklärt sind. Namentlich war seit dem 11.09.2001 immer häufiger zu beobachten, dass die Europäische Union und die Bundesrepublik Ermittlungsinteressen den Vorrang vor der Wahrung der Grundrechte gegeben haben. Insbesondere erfolgt vermehrt eine Zusammenarbeit mit ausländischen Staaten, in denen ein dem Grundgesetz entsprechendes Grundrechtsschutzniveau nicht gewährleistet ist, in denen Grundrechte teilweise sogar systematisch verletzt werden. Es bedarf einer grundsätzlichen Klärung der verfassungsrechtlichen Pflichten des deutschen Gesetzgebers bei einer Zusammenarbeit mit dem Ausland, zumal weitere vergleichbare Gesetzesvorhaben anstehen. So haben Bundesinnenminister und Bundesjustizministerin 2008 ein Abkommen unterzeichnet, das den USA einen unmittelba-

¹ Vertragsbüro des Europarats,
<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=1/1/2009&CL=GER>.

² Vertragsbüro des Europarats,
<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=1/1/2009&CL=GER>.

ren Zugriff auf Informationen deutscher Polizeibehörden ermöglichen soll³ - ein europaweit einmaliger Vorstoß.

Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist daneben auch zur Durchsetzung der verletzten Grundrechte angezeigt.

C. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Wir sind durch das angegriffene Gesetz unmittelbar, selbst und gegenwärtig in unseren Grundrechten betroffen. Das Gesetz ermöglicht es nämlich, dass jederzeit in unsere Grundrechte eingegriffen werden kann.

Ein Vorgehen erst gegen den Vollzug des Gesetzes ist uns nicht zumutbar, weil wir von gegen uns gerichtete Maßnahmen keine zuverlässige Kenntnis erlangen. Die in dem Übereinkommen vorgesehenen Informationserhebungen, insbesondere die Erhebung von Verkehrsdaten, können heimlich erfolgen.

Der Umstand, dass § 101 StPO bei verdeckten Datenerhebungen unter bestimmten Bedingungen eine Unterrichtung vorsieht, steht der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht entgegen. Eine zeitnahe Kenntnis von der Maßnahme und eine daran anknüpfende Möglichkeit zur Überprüfung im gerichtlichen Verfahren sind dadurch nicht gewährleistet:

§ 77 IRG bestimmt schon nicht mit hinreichender Deutlichkeit, dass und welche Vorschriften der Strafprozessordnung auch für die Erledigung von Rechtshilfeersuchen gelten sollen. Es ist daher nicht gewährleistet, dass die Betroffenen von Rechtshilfeersuchen überhaupt von den deutschen Rechtshilfebehörden nach § 101 StPO benachrichtigt werden. Dies dürfte auch in der Praxis nicht zuverlässig erfolgen, zumal schon bei innerdeutschen Sachverhalten die Benachrichtigungspflicht weithin missachtet wird.

Aber auch bei Anwendung des § 101 Abs. 4 StPO kann eine Benachrichtigung einer von Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis (Satz 1 Nr. 3 und 6) betroffenen Person, gegen die sich die Maßnahme nicht richtet hat, unterbleiben, wenn diese von der Maßnahme nur unerheblich betroffen wurde und anzunehmen ist, dass sie kein Interesse an einer Benachrichtigung hat (§ 101 Abs. 4 S. 4 StPO). Laut Gesetzesbegründung soll dies insbesondere bei Verkehrsdaten regelmäßig der Fall sein.⁴ Die zur Benachrichtigung erforderliche Ermittlung unserer Identität sieht das Gesetz außerdem nur ausnahmsweise vor (§ 101 Abs. 4 S. 5 StPO).

Es kommt hinzu, dass die Benachrichtigung gemäß § 101 Abs. 5 StPO erst erfolgt, wenn dies „ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks, des Lebens, der körperlichen Unver-

³ „Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Vertiefung der Zusammenarbeit bei der Verhinderung und Bekämpfung schwerwiegender Kriminalität“, <http://www.vorratsdatenspeicherung.de/content/view/253/55/>.

⁴ Bundesregierung, BT-Drs. 16/5846, 59 f.

sehrtheit und der persönlichen Freiheit einer Person und von bedeutenden Vermögenswerten [...] möglich ist“. Im Fall der internationalen Zusammenarbeit wird die deutsche Behörde aber nie feststellen können, ob und wann diese Voraussetzungen vorliegen. Denn das Übereinkommen sieht eine Benachrichtigung über Verfahrensstand oder Verfahrensausgang nicht vor. Auch sieht es selbst keine Benachrichtigung der Betroffenen – insbesondere durch den ersuchenden Staat – vor.

Schließlich ermächtigt Artikel 32 des Abkommens vom 23.11.2001 ausländische Staaten zu unmittelbaren Eingriffen in unsere Grundrechte, ohne dass deutsche Stellen davon Kenntnis erlangen. In diesen Fällen scheidet eine Benachrichtigung durch deutsche Behörden von vornherein aus. Auch eine Benachrichtigung durch den ausländischen Staat ist nicht vorgesehen.

Unter diesen Umständen muss es für unsere Betroffenheit genügen, dass ein Eingriff in unser Privatleben aufgrund des Übereinkommens „möglich“ oder „nicht auszuschließen“ ist, dass also eine „mögliche Grundrechtsbetroffenheit“ vorliegt.⁵ Nach der Rechtsprechung des Hohen Gerichts genügt die Darlegung, dass der Beschwerdeführer mit einiger Wahrscheinlichkeit durch die auf den angegriffenen Rechtsnormen beruhenden Maßnahmen in seinen Grundrechten berührt wird.⁶ Dies ist bei uns der Fall, denn wir nutzen Telekommunikationsnetze und insbesondere das Internet intensiv. Wir können jederzeit etwa von einer Ermittlungsmaßnahme gegen eine andere Person „mitbetroffen“ werden. Nach den Art. 25 ff. CCC können jederzeit Computerdaten und Verkehrsdaten über uns erhoben und ermittelt werden. Tatsächlich ist aus einschlägigen Untersuchungen bekannt, dass von einer Maßnahme der Telekommunikationsüberwachung neben den Beschuldigten eine Vielzahl – meist unschuldiger – Kommunikationspartner mitbetroffen sind. Nach einer Untersuchung des Max-Planck-Instituts waren von den untersuchten strafrechtlichen Aufdeckungen des Telekommunikationsverkehrs durchschnittlich 197 Personen mitbetroffen, bei Funkzellenabfragen 111 Personen.⁷ Es besteht danach das Risiko, dass bei einer Ermittlungsmaßnahme nach dem Übereinkommen vom 23.11.2001 etwa in die Vertraulichkeit unserer Telekommunikation eingegriffen wird und die Erkenntnisse an ausländische Stellen weitergegeben werden. Unschädlich ist, wenn die Möglichkeit der Betroffenheit „praktisch für jedermann“ besteht.⁸

⁵ BVerfGE 100, 313 (356 f.).

⁶ Vgl. BVerfG, 1 BvR 668/04 vom 27.7.2005, Absatz-Nr. 76; BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008, Abs. 59.

⁷ Albrecht/Grafe/Kilchling, Rechtswirklichkeit der Auskunftserteilung über Telekommunikationsverbindungsdaten nach §§ 100g, 100h StPO (2008), S. 118 und 121.

⁸ BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. 101.

Das Abkommen vom 23.11.2001 ist am 01.07.2004 in Kraft getreten.⁹ Mit der Ratifizierung hat es der Bundestag in das deutsche Recht transformiert und einen entsprechenden Rechtsanwendungsbefehl erteilt. Damit gilt das Übereinkommen im Rang eines Bundesgesetzes und ist von deutschen Stellen wie anderes Bundesrecht anzuwenden.¹⁰

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits mehrfach entschieden, dass Zustimmungsgesetze zu Verträgen mit auswärtigen Staaten, sogenannte Vertragsgesetze, der verfassungsgerichtlichen Prüfung unterliegen. Zur Begründung hat es ausgeführt:¹¹

Die rechtliche Bedeutung solcher Gesetze erschöpft sich nicht darin, daß von ihrem Erlaß das verfassungsgemäße Zustandekommen des Vertrages abhängt. Sie transformieren zugleich den Inhalt des völkerrechtlichen Vertrages insoweit in innerstaatliches Recht, als sie ihn sowohl für die staatlichen Organe als auch – falls er sich auf das rechtliche Verhalten der Staatsbürger bezieht – für diese verbindlich machen. Über die Zustimmung zum Vertrag hinaus können – wie das hier geschehen ist – im Rahmen desselben Gesetzes unmittelbar Rechte und Pflichten des Einzelnen begründet werden. In beiden Fällen können durch das Vertragsgesetz Grundrechte verletzt werden. Deshalb unterliegen sie der verfassungsgerichtlichen Prüfung auch im Verfahren über eine Verfassungsbeschwerde, die dem Bürger einen wirksamen Grundrechtsschutz geben soll. [...] Die verfassungsrechtliche Prüfung des Vertragsgesetzes wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Vertrag inzwischen völkerrechtlich wirksam geworden ist.

Gegen die unmittelbar durch Gesetz erfolgte Grundrechtsverletzung ist der Rechtsweg nicht zulässig. Die Beschwerdeführer haben auch sonst keine andere Möglichkeit, gegen die Grundrechtsverletzung vorzugehen.

Das angefochtene Gesetz trat am Tag seiner Verkündung in Kraft, also am 05.11.2008, so dass die bis zum 05.11.2009 laufende Beschwerdefrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG gewahrt ist.

D. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, weil das Zustimmungsgesetz hinsichtlich der Art. 25-34 CCC mit den Grundrechten auf Gewährleistung des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG), auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG), mit der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG), mit der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), dem Verbot von Ausnahmegerichten (Art. 101 Abs. 1 S. 1 GG), der Abschaffung der

⁹ Vertragsbüro des Europarats,

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=1/1/2009&CL=GER>.

¹⁰ Vgl. BVerfG, 2 BvR 1481/04 vom 14.10.2004, Absatz-Nr. 31 f.

¹¹ BVerfGE 6, 290 (294 f.).

Todesstrafe (Art. 102 GG), der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2, 104 GG) und dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) unvereinbar ist.

I. Verletzung der Art. 10 und Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG

Das angefochtene Zustimmungsgesetz verletzt das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG) und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG), soweit die Art. 25-34 CCC zu Eingriffen in diese Grundrechte verpflichten oder ermächtigen.

1. Schutzbereich

a) Sachlicher Schutzbereich

Das aus der Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 1 GG und dem Schutz der Menschenwürde des Art. 1 GG folgende allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen seine persönliche Lebenssachverhalte erhoben, gespeichert, verwendet oder weiter gegeben werden.¹² Ein persönlicher Lebenssachverhalt liegt bereits dann vor, wenn die Verknüpfung des Lebenssachverhalts mit der zugehörigen Person möglich ist.¹³ Soweit Informationen über den Fernmeldeverkehr betroffen sind, geht Art. 10 GG dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vor.

Den Art. 25-34 CCC zufolge haben deutsche Stellen unter anderem „im größtmöglichen Umfang Rechtshilfe [...] für die Erhebung von Beweismaterial in elektronischer Form für eine Straftat“ zugunsten ausländischer Staaten zu leisten (Art. 25 CCC). Dies umfasst Computerdaten (Art. 1 Buchst. b, 29, 31, 32 CCC) einschließlich Daten über den Fernmeldeverkehr (Art. 1 Buchst. d, 30, 33, 34 CCC). Computerdaten geben Auskunft über persönliche Verhältnisse, das Privatleben und die Persönlichkeit des Computernutzers. Mithin ist der Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung betroffen. Verkehrs- und Inhaltsdaten geben zudem Auskunft über das Telekommunikationsverhalten der Beteiligten. Insoweit ist der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses betroffen.

b) Schutz vor Zustimmungsgesetzen zu völkerrechtlichen Verträgen

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schützen die Grundrechte vor ungerechtfertigten Grundrechtsbeschränkungen auch dann, wenn diese im Wege der Zustimmung zu einem völkerrechtlichen Vertrag erfolgen. Die Grundrechte des Grundgesetzes binden den Gesetzgeber bei der Entscheidung, ob er völkerrechtlichen Vereinbarungen der Bundesregierung zustimmt oder nicht.

¹² St. Rspr. seit BVerfGE 65, 1 (42 f.); in neuerer Zeit etwa BVerfGE 103, 21 (32 f.).

¹³ BVerfGE 65, 1 (42 und 49); BVerfGE 67, 100 (143); BVerfGE 77, 1 (46); BVerfGE 103, 21 (33); zu Art. 10: BVerfGE 100, 313 (366).

Völkerrechtliche Verträge, die – wie vorliegend – unter dem Vorbehalt der Ratifikation stehen, binden Deutschland bis zur Ratifikation nicht (Art. 14 Wiener Vertragsrechtskonvention). Deutschland ist in dieser Zeit lediglich dem Ziel und Zweck der Vereinbarung verpflichtet – muss also das Ratifikationsverfahren durchführen –, solange es „seine Absicht nicht klar zu erkennen gegeben hat, nicht Vertragspartei zu werden“ (Art. 18 Wiener Vertragsrechtskonvention). In der Entscheidung über diese Ratifikation ist Deutschland – und damit nach dem Grundgesetz der Gesetzgeber – frei. Das Völkerrecht erlaubt damit eine Grundrechtsbindung des Gesetzgebers bei der Entscheidung, ob er völkerrechtlichen Vereinbarungen der Bundesregierung zustimmt oder nicht.

Eine solche Grundrechtsbindung sieht das Grundgesetz auch vor. Dies ergibt sich erstens aus Art. 1 Abs. 3 GG, wonach die Grundrechte die Gesetzgebung „als unmittelbar geltendes Recht“ binden. Es ergibt sich zweitens aus Art. 20 Abs. 3 GG, demzufolge die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist. Drittens belegt Art. 79 Abs. 1 S. 2 GG unzweifelhaft, dass „Bestimmungen des Grundgesetzes dem Abschluß und dem Inkraftsetzen [völkerrechtlicher] Verträge nicht entgegenstehen“ dürfen.

Völkervertragsrecht kann daher innerstaatlich nur dann gelten, wenn es in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz steht.¹⁴

Die Grundrechte des Grundgesetzes schützen nicht nur vor Grundrechtseingriffen durch Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Vereinbarungen, sondern auch vor nachfolgenden Eingriffen aufgrund des Zustimmungsgesetzes. Auch bei der Anwendung von Zustimmungsgesetzen hat die deutsche Staatsgewalt daher die Grundrechte zu wahren, selbst wenn dies die Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen der Bundesrepublik vereitelt. Das Bundesverfassungsgericht hat dazu ausdrücklich festgestellt:¹⁵

Insoweit gilt nichts anderes als bei einem herkömmlichen völkerrechtlichen Vertrag: Soweit dessen innerstaatliche Durchführung Grundrechte verletzen würde, ist sie verfassungsrechtlich untersagt.

Eine Rücknahme der Grundrechtsbindung hat das Bundesverfassungsgericht ausnahmsweise angenommen, wenn die deutsche Staatsgewalt zwingenden Verpflichtungen nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaft (Art. 23 GG) nachkommt. Diese Situation ist derjenigen nicht unähnlich, in der deutsche Behörden zwingenden Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Verträgen nachkommen. Gleichwohl ist dieser Umstand im vorliegenden Zusammenhang aus zwei Gründen unerheblich:

Erstens steht hier keine Handlung in Rede, mit welcher Deutschland einer völkerrechtlichen Verpflichtung nachkommen würde. Vielmehr geht es hier um die Frage, ob Deutsch-

¹⁴ BVerfG, 2 BvR 1481/04 vom 14.10.2004, Absatz-Nr. 36.

¹⁵ BVerfGE 89, 155 (178).

land eine solche Verpflichtung eingehen darf. Die angefochtene Zustimmung zu dem Abkommen vom 23.11.2001 ist freiwillig. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat ausdrücklich ausgesprochen, dass die freiwillige Eingehung völkerrechtlicher Verpflichtungen in vollem Umfang an den Grundrechten zu messen ist.¹⁶

Zweitens hat das Bundesverfassungsgericht die Grundrechtsbindung der deutschen Staatsgewalt auch bei der Erfüllung europarechtlicher Verpflichtungen nur zurückgenommen, wenn auf andere Weise eine Grundrechtsgeltung gewährleistet ist, „die nach Inhalt und Wirksamkeit dem Grundrechtsschutz, wie er nach dem Grundgesetz unabdingbar ist, im wesentlichen gleichkommt.“¹⁷ Dies gebiete in aller Regel einen Individualrechtsschutz durch unabhängige Gerichte.¹⁸ Ein solcher Rechtsschutz ist zwar durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) gewährleistet, wenn die deutsche Staatsgewalt europarechtlichen Vorgaben nachkommt. Kommt die deutsche Staatsgewalt hingegen Verpflichtungen aus dem streitgegenständlichen Übereinkommen nach, so ist eine andere Gewährleistung gleichwertigen Grundrechtsschutzes als durch das Grundgesetz und die deutschen Gerichte nicht gegeben.

Ob Grundrechtseingriffe aufgrund völkerrechtlicher Verträge in weiterem Umfang gerechtfertigt sind als sonstige Eingriffe, ist im Rahmen der Rechtfertigung zu erörtern und ändert nichts an der Eröffnung des Schutzbereichs der Grundrechte.

c) Schutz vor zurechenbarem Verhalten Dritter

Fernmeldegeheimnis und Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung schützen auch vor Beeinträchtigungen durch ausländische Staaten, die dem deutschen Staat zuzurechnen sind.

Die Grundrechte binden die deutsche Staatsgewalt umfassend (Art. 1 Abs. 3 GG). Sie schützen daher erstens davor, dass der Gesetzgeber durch Zustimmung zu einer völkerrechtlichen Vereinbarung unmittelbar in geschützte Freiräume eingreift. Sie schützen zweitens auch davor, dass die deutsche vollziehende Staatsgewalt in Vollzug des Zustimmungsgesetzes Grundrechte unmittelbar beeinträchtigt. Drittens schützen die Grundrechte davor, dass die deutsche Staatsgewalt in zurechenbarer Weise ungerechtfertigte Grundrechtsbeeinträchtigungen durch Dritte herbeiführt.

Einen solchen Schutz hat das Bundesverfassungsgericht insbesondere bei der Verbringung von Personen in das Ausland durch deutsche Behörden anerkannt. Im Bereich der Auslieferung von Personen ist seit jeher anerkannt, dass die Bundesrepublik einen Menschen nur dann der ausländischen Hoheitsgewalt ausliefern darf, wenn die Wahrung seiner Grundrechte und „rechtsstaatliche Grundsätze“ gesichert sind (Art. 16 Abs. 2 GG).

¹⁶ EGMR, EuZW 1999, 308 – Gibraltar, Abs. 32; EGMR, NJW 2006, 197 – Bosphorus, Abs. 157.

¹⁷ BVerfGE 73, 339 (376).

Da auch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung dem Freiheitsschutz dient, kann für die Auslieferung von Informationen über Menschen an das Ausland nichts anderes gelten. Die Grundrechte schützen nicht nur in Verbringungsfällen vor zurechenbaren Beeinträchtigungen Dritter, sondern allgemein. So hat der kanadische Supreme Court anerkannt, dass die Grundrechte davor schützen, dass sich der grundrechtsgebundene Staat durch Weitergabe personenbezogener Informationen an einem menschenrechtswidrigen Verfahren des Empfängerstaates beteiligt.¹⁹

Es würde keinesfalls genügen, eine Grundrechtsbindung erst für die Auslieferung des Betroffenen an die ausländische Macht anzunehmen, zurechenbare strafrechtliche Ermittlungsmaßnahmen der ausländischen Macht gegen Personen in Deutschland dagegen noch nicht als Grundrechtseingriff anzusehen. Erstens ist nicht sichergestellt, dass es nur im Rahmen einer Auslieferung zur Verbringung des Betroffenen in die Gewalt des Auslands kommt. Es kann beispielsweise zur Festnahme des Betroffenen im rechtshilfesuchenden Staat kommen, besonders wenn der Betroffene von der Informationsübermittlung keine Kenntnis hat und freiwillig dort einreist. Ferner kann ein Aufgreifen des Betroffenen in einem Drittstaat auf Ersuchen des Empfängerstaats erfolgen. Drittens haben Praktiken namentlich der Vereinigten Staaten von Amerika, systematisch Personen aus Drittstaaten zu entführen, traurige Bekanntheit erlangt. Auch in diesem Fall kommt ein Schutz im Auslieferungsverfahren zu spät. Viertens ist zu beachten, dass selbst ein Verbleiben in Deutschland vor Grundrechtseingriffen durch ausländische Mächte nicht schützt. Klassischerweise ist eine Beobachtung durch ausländische Geheimdienste in Deutschland denkbar. Verbreitet ist weiterhin eine Überwachung der Telekommunikation in Deutschland, etwa im Rahmen des ECHELON-Systems. Schließlich ist es inzwischen üblich geworden, Computer mithilfe von Spionageprogrammen zu infiltrieren und auf diese Weise Personen aus der Ferne zu überwachen. Insgesamt ist festzuhalten, dass ein rechtsstaatliches Auslieferungsverfahren keineswegs eine beliebige Offenlegung persönlicher Informationen von Einzelpersonen gegenüber dem Ausland rechtfertigt.

Dass auch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vor Beeinträchtigungen Dritter schützt, die dem deutschen Staat zuzurechnen sind, hat der Gesetzgeber bereits anerkannt. Er übernimmt schon heute Verantwortung für die weitere Verwendung in das Ausland übermittelter Informationen. So unterbleibt nach § 4b Abs. 2 BDSG eine Übermittlung in das Ausland, „soweit der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung hat, insbesondere wenn bei den in Satz 1 genannten Stellen ein angemessenes Datenschutzniveau nicht gewährleistet ist.“ Vergleichbare Regelungen finden sich in den §§ 14 BKAG, 33 BPolG, § 57 BZRG, 23d und 34 ZFdG.

¹⁸ BVerfGE 73, 339 (376).

¹⁹ Supreme Court of Canada, Canada (Justice) v. Khadr, 2008 SCC 28, Urteil vom 23.05.2008, <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2008/2008scc28/2008scc28.html>.

Auch das Europarecht erkennt eine Verantwortung für die weitere Verwendung in das Ausland übermittelter Informationen an. Art. 25 der EG-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG erlaubt eine Datenübermittlung in Drittstaaten nur, wenn das Drittland ein angemessenes Schutzniveau gewährleistet. Ob dies der Fall ist, wird unter Berücksichtigung aller Umstände geprüft einschließlich des Zwecks der Datenübermittlung sowie der im Empfängerstaat geltenden Rechtsnormen und Sicherheitsmaßnahmen. Gleiches sieht nun Art. 13 des EU-Rahmenbeschlusses über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden, vor.²⁰

Dass das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vor mittelbaren Beeinträchtigungen im Ausland schützt, wenn die grundrechtsgebundene Staatsgewalt sie in zurechenbarer Weise herbeigeführt hat, hat auch der Oberste Gerichtshof Kanadas anerkannt.²¹

2. Grundrechtseingriff

a) Innerstaatliche Geltung als Grundrechtseingriff

Die Zustimmung zu einem völkerrechtlichen Vertrag stellt eine Grundrechtsbeschränkung dar, soweit der Vertrag unmittelbar in grundrechtlich geschützte Positionen eingreift (z.B. Grundrechtsträgern unmittelbar Verpflichtungen auferlegt) oder die deutsche Staatsgewalt zu Grundrechtseingriffen ermächtigt oder verpflichtet. In diesem Umfang muss der Vertrag mithin verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

Die Zustimmung zu den Art. 25 ff. CCC greift in die Art. 10, 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG ein, weil die Art. 25 ff. CCC deutsche Stellen – spontan (Art. 26 CCC) oder auf Ersuchen – zur Erhebung und Übermittlung personenbezogener Daten ermächtigen oder verpflichten, und zwar auch ohne Zustimmung des Betroffenen.

b) Mittelbare Folgen als Grundrechtseingriff

Die Zustimmung zu den Art. 25 ff. CCC greift auch dadurch in die Art. 10, 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG ein, dass es die Art. 25 ff. CCC ausländischen Stellen ermöglichen, personenbezogene Daten ohne Zustimmung des Betroffenen zu erheben und zu verwenden.

Die Zustimmung zu einem völkerrechtlichen Vertrag kann einen Grundrechtseingriff auch darstellen, soweit der Vertrag erst mittelbar und ohne weiteres Zutun der deutschen Staatsgewalt Beeinträchtigungen grundrechtlich geschützter Positionen nach sich zieht. Leisten deutsche Behörden Rechtshilfe nach den Art. 25 ff. CCC, so ist der Grundrechtseingriff mit der Übermittlung der Beweisdaten in das Ausland nicht abgeschlossen,

²⁰ Ratsdokument 9260/08 vom 24.06.2008,
<http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/08/st09/st09260.de08.pdf>.

²¹ Supreme Court of Canada, Canada (Justice) v. Khadr, 2008 SCC 28, Urteil vom 23.05.2008,
<http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2008/2008scc28/2008scc28.html>.

sondern setzt sich in der weiteren Verwendung der Informationen im Ausland fort.²² Dass diese Weiterverarbeitung nicht unmittelbar durch deutsche Stellen erfolgt, ändert nichts an deren Verantwortlichkeit, weil sich die Bundesrepublik mit der Auslieferung personenbezogener Daten an das Ausland bewusst der Kontrolle über sie begibt.

Nach dem modernen Eingriffsbegriff schützen die Grundrechte auch vor mittelbaren Eingriffen durch staatliche hoheitliche Maßnahmen, welche die Beeinträchtigung eines grundrechtlich geschützten Verhaltens typischerweise und vorhersehbar zur Folge haben oder die eine besondere Beeinträchtigungsfahr in sich bergen, die sich jederzeit verwirklichen kann.²³ Dies gilt auch für die Leistung von Rechtshilfe.²⁴

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat anerkannt, dass ein Staat für Handlungen verantwortlich sein kann, die zwar außerhalb seiner Jurisdiktion vorgenommen werden, die aber „ausreichend nahe Auswirkungen“ auf in der EMRK garantierte Rechte haben.²⁵ In dem entschiedenen Fall hat er die Verantwortlichkeit Russlands für die Behandlung ausgelieferter Personen durch die transnistrische Polizei daraus hergeleitet, dass Russland gewusst habe oder habe wissen müssen, welche Behandlung den Personen bevor stehe.²⁶ Zugerechnet hat der Gerichtshof sodann die gesamte Behandlung der Betroffenen als Beschuldigte und Strafgefangene durch transnistrische Stellen, und zwar über Jahre hinweg bis zu ihrer Entlassung.²⁷

Der Bundesgerichtshof hat die Geltung der Grundrechte in einem Fall anerkannt, in dem die Auslieferung einer Person zur Strafverfolgung begehrt wurde, der nach Verbüßung der Strafe ein Verstoß gegen Art. 4 Abs. 3 GG durch den ausländischen Staat drohte.²⁸

Auch das Bundesverfassungsgericht hat anerkannt, dass der Schutzbereich der Grundrechte eröffnet ist, wenn die deutsche Staatsgewalt ursächlich und zurechenbar eine Grundrechtsverletzung durch einen ausländischen Staat ermöglicht.²⁹ Soweit das Bundesverfassungsgericht in dem konkreten Fall die Zurechenbarkeit verneint hat, weil die Grundrechtsverletzung als „wirkungsmächtigste Ursache“ „entscheidend erst durch einen eigen-

²² Vgl. BVerfGE 100, 313 (366 f.).

²³ Windthorst, § 8, Rn. 50 und 52 m.w.N.; Dreier, GG, Vorb., Rn. 82; Pieroth/Schlink, Rn. 240 ff.; Sachs, GG, Vor Art. 1, Rn. 83 ff.; Weber-Dürler, VVDStRL 57 (1998), 66 ff.

²⁴ Ziegenhahn, Schutz der Menschenrechte (2002), 356 m.w.N.; Breitenmoser in: Risiko und Recht (2004), 247; Lagodny in Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, § 73, Rn. 14 m.w.N.

²⁵ EGMR, Ilascu u.a. gegen Moldawien und Russland (Az. 48787/99), Urteil vom 08.07.2004, Abs. 317.

²⁶ EGMR, Ilascu u.a. gegen Moldawien und Russland (Az. 48787/99), Urteil vom 08.07.2004, Abs. 384.

²⁷ EGMR, Ilascu u.a. gegen Moldawien und Russland (Az. 48787/99), Urteil vom 08.07.2004, Abs. 441 und 463.

²⁸ BGHSt 27, 191.

²⁹ BVerfGE 66, 39 (60).

ständigen Entschluß [...] eines fremden souveränen Staates herbeigeführt“ würde,³⁰ lag dieser Entscheidung ein besonderer Sachverhalt zugrunde: Damals stand die Zurechnung möglicher Reaktionen der Sowjetunion auf Rüstungsmaßnahmen mit Zustimmung der Bundesregierung zur Entscheidung. Das Bundesverfassungsgericht wollte verhindern, „daß die Bundesrepublik Deutschland über eine grundrechtliche ‚Mitverantwortlichkeit‘ für die von einem fremden Staat auf ein rechtmäßiges politisches Verhalten der Bundesrepublik Deutschland hin angedrohten Verletzungen grundrechtlich geschützter Rechtsgüter sich der Politik fremder Staaten von Verfassungen wegen zu fügen hätte“.³¹ Das Gericht wollte also gewährleisten, dass rechtmäßiges politisches Verhalten der Bundesrepublik Deutschland auf ihrem eigenen Staatsgebiet möglich bleibt und die Bundesregierung nicht durch Drohungen des Auslands erpressbar wird. Gänzlich anders liegt der Fall bei dem vorliegenden Übereinkommen. Zu besorgen ist hier eine Grundrechtsverletzung durch diejenigen Staaten, mit denen die Bundesregierung das Abkommen geschlossen hat und denen gegebenenfalls auf ihr Ersuchen Informationen ausgeliefert werden. Eine derartige, aktive Zusammenarbeit mit dem Grundrechtsgefährder stellt durchaus die „wesentliche Ursache“ für Grundrechtsverletzungen dar, welche die deutsche Staatsgewalt durch ihre Zusammenarbeit ermöglicht und vorhersehbar herbei führt. Im Nachrüstungsfall hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass die Sowjetunion auch ohne die Nachrüstung auf deutschem Boden in souveräner Entscheidung einen nuklearen Präventivschlag ausführen könnte.³² Im Fall der Rechtshilfe können darauf beruhende Grundrechtsverletzungen ohne die Rechtshilfe hingegen nicht erfolgen, denn erst die maßgeblichen, von Deutschland ausgelieferten Informationen ermöglichen die Folgemaßnahmen des ausländischen Staats. Aufgrund des völkerrechtlichen Verbots, auf deutschem Staatsgebiet Hoheitsgewalt auszuüben, stellt die Rechtshilfeleistung die entscheidende Ursache für Grundrechtsverletzungen in ihrer Folge dar.³³ Im vorliegenden Fall liegt also eine eindeutige Ursächlichkeit und ein direktes Zusammenwirken mit dem Grundrechtsgefährder vor. Diese Umstände gebieten die Zurechnung typischer und vorhersehbarer Folgemaßnahmen im Ausland.³⁴

Das hier angefochtene Zustimmungsgesetz macht die in Durchführung des Übereinkommens erhobenen und übermittelten Computerdaten für weitere Maßnahmen des um Rechtshilfe ersuchenden Staates verfügbar und birgt damit die latente Gefahr späterer, weiterer Eingriffe durch diesen Staat. Typische und vorhersehbare Folge des angefochtenen Zustimmungsgesetzes ist, dass die Vertragsparteien nach dem Abkommen erlangte

³⁰ BVerfGE 66, 39 (62).

³¹ BVerfGE 66, 39 (63 f.).

³² BVerfGE 66, 39 (63).

³³ Gärditz in Wolter/Schenke/Rieß/Zöller, Datenübermittlungen und Vorermittlungen (2003), 98 f.

³⁴ Gärditz in Wolter/Schenke/Rieß/Zöller, Datenübermittlungen und Vorermittlungen (2003), 98 f.

Informationen verwenden, soweit sie dies nach ihrer innerstaatlichen Rechtsordnung für rechtmäßig halten. Dies schließt eine Verwendung der Informationen zur Strafverfolgung, zu anderen Zwecken, die Weitergabe an andere Behörden, an Drittstaaten und an Privatpersonen ein, soweit das Recht der Vertragspartei nicht entgegen steht. Im Fall der Auslieferung von Informationen sind zumindest alle nach Auffassung des Empfängerstaates rechtmäßigen Folgemaßnahmen als typische und vorhersehbare Folgen der deutschen Mitwirkung anzusehen. Als typische und vorhersehbare Folge des angefochtenen Zustimmungsgesetzes sind ferner auch illegale Folgemaßnahmen anzusehen, wenn sie einer Praxis des jeweiligen Vertragsstaates entsprechen.³⁵ Auch im Fall einer illegalen Praxis kann sich der Gesetzgeber nicht darauf berufen, er müsse mit einer solchen Verwendung nicht rechnen.

Dass der Gesetzgeber mit Folgemaßnahmen rechnen muss, ergibt sich schon daraus, dass das Abkommen vom 23.11.2001 gerade zur Ermöglichung von Folgemaßnahmen geschlossen worden ist. Beeinträchtigungen der informationellen Selbstbestimmung, des Fernmeldegeheimnisses und weiterer Grundrechte sind daher die typische und vorhersehbare Folge der Art. 25 ff. CCC. Dass Deutschland die weitere Verwendung der übermittelten Informationen der souveränen Entscheidung des ersuchenden Vertragsstaates überlässt, kann keinen Unterschied machen, weil das Übereinkommen diese Verwendungen erst eröffnet.³⁶ Andernfalls könnte der deutsche Staat seine Grundrechtsbindung durch ein bloßes „Outsourcing“ unterlaufen.

Die Zustimmung speziell zu Art. 32 CCC greift dadurch in die Art. 10, 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG ein, dass es Art. 32 CCC ausländischen Stellen ermöglicht, personenbezogene Daten ohne Zustimmung des Betroffenen zu erheben und zu verwenden. Grundsätzlich ergibt sich aus dem Prinzip der territorialen Souveränität, dass hoheitliche Maßnahmen einschließlich Ermittlungsmaßnahmen auf fremdem Territorium unzulässig sind. Mit dem angefochtenen Abkommen hat uns der Gesetzgeber diesen Schutz genommen und damit Grundrechtsbeeinträchtigungen im Ausland in Kauf genommen. Ausländische Staaten können nach Art. 32 CCC etwa international tätige Unternehmen wie SWIFT oder Vodafone bitten, Informationen über deutsche Kunden herauszugeben.

3. Mangelnde Rechtfertigung

Gerechtfertigt ist dieser Grundrechtseingriff nur, wenn das Zustimmungsgesetz mit dem Grundgesetz vereinbar und daher Teil der verfassungsmäßigen Ordnung ist (Art. 2 Abs. 1 GG). Dies ist jedoch nicht der Fall. Das Zustimmungsgesetz verstößt in vielfacher Hinsicht gegen das Fernmeldegeheimnis und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung.

³⁵ Vgl. BVerfG, NVwZ 2003, 1500.

³⁶ Vgl. Bizer, Forschungsfreiheit, 159 für das „Auf-Abruf-Bereithalten“ von Daten.

a) Legitimes Ziel

Allerdings verfolgt das Abkommen im Ausgangspunkt ein legitimes Ziel. Es soll die grenzüberschreitende Verfolgung von Computerkriminalität erleichtern. Im Bereich der Daten-netz-kriminalität ist ein grenzüberschreitendes Vorgehen von hoher Bedeutung, weil sich Straftäter nicht selten die Möglichkeiten der grenzüberschreitenden Telekommunikation zunutze machen, um eine Aufdeckung, Ermittlung und Verfolgung ihrer Tat zu erschweren. Ohne eine internationale Zusammenarbeit ist diesen Straftätern teilweise nicht auf die Spur zu kommen.

Von geringerem Gewicht ist demgegenüber das weitere Ziel des Übereinkommens, die Verfolgung anderer Straftaten als Datennetzkriminalität zu erleichtern, indem allgemein ein Zugriff auf ausländische Computerdaten und den Fernmeldeverkehr eröffnet werden soll. Auch in diesem Bereich kann eine erleichterte Strafverfolgung zwar zum Rechtsgüterschutz beitragen. Von besonderer Bedeutung ist der Zugriff auf Computerdaten und Telekommunikation aber nur, wo Straftaten mithilfe von Computern oder Telekommunikation begangen werden und daher ohne entsprechende Spuren nur schwer feststellbar sind. Bei anders begangenen Straftaten stellt der Zugriff auf Computerdaten und Telekommunikation lediglich ein Ermittlungsinstrument neben anderen dar (z.B. Zeugenvernehmung, Beschlagnahme von Sachen, Wohnungsdurchsuchung).

Unabhängig von der Erleichterung der Strafverfolgung und des Rechtshilfeverkehrs darf der Gesetzgeber auch allgemein das Ziel verfolgen, zwischenstaatliche Vereinbarungen zu schließen oder solchen Abkommen beizutreten, um sich in die Völkerrechtsordnung einzufügen und die Beziehungen Deutschlands zu ausländischen Staaten einvernehmlich zu regeln.³⁷

b) Verletzung des Zitiergebots (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG)

Das angefochtene Zustimmungsgesetz verletzt jedoch bereits das Zitiergebot. Es zitiert Art. 10 GG nicht, obwohl es das Fernmeldegeheimnis beschränkt. Die Beschränkung des Fernmeldegeheimnisses liegt darin, dass das ratifizierte Abkommen deutsche Behörden auf Ersuchen zur Erhebung und Übermittlung von Verkehrsdaten verpflichtet (etwa Art. 29, 30, 31 CCC) und ermächtigt (etwa Art. 25, 26, 32, 33, 34 CCC) sowie ausländische Behörden zur Erhebung und Verwendung solcher Daten ermächtigt oder sie ihnen ermöglicht (etwa Art. 25, 32 CCC), ohne dass der Betroffene zugestimmt hat.

Der in dem angefochtenen Zustimmungsgesetz liegende Grundrechtseingriff lässt sich nicht mit der Begründung verneinen, der Grundrechtseingriff liege bereits im IRG begrün-

³⁷ Gärditz in Wolter/Schenke/Rieß/Zöller, Datenübermittlungen und Vorermittlungen (2003), 107; dagegen Scheller, Ermächtigungsgrundlagen für die internationale Rechts- und Amtshilfe zur Verbrechensbekämpfung (1997), 168: kein Selbstzweck; Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 302: keine zweckbestimmende Institution.

det.³⁸ Das IRG tritt ausweislich § 1 Abs. 3 IRG hinter völkerrechtliche Vereinbarungen wie die angefochtene zurück. Zwar meint die Bundesregierung, das Übereinkommen gehe nicht über das bestehende Recht hinaus, und führt aus: „Aufgrund der Rahmenbeschlüsse im Bereich der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Rechtshilfe, bi- und multilaterale Rechtshilfeverträge, die für die Bundesrepublik Deutschland als Vertragspartei gelten, und der Regeln über den vertragslosen Rechtshilfeverkehr nach dem IRG bestehen umfassende Regelungen, die auch die Vorgaben dieses Übereinkommens erfüllen.“³⁹ Dies ist aber unzutreffend:

Das Abkommen sieht einen eigenständigen Grundrechtseingriff vor, der weit über das IRG hinaus geht. So verpflichtet Art. 29 CCC Deutschland zur Sicherstellung von Computerdaten, wozu laut Art. 1 CCC auch Verkehrsdaten zählen. Art. 29 Abs. 5 CCC regelt abschließend, unter welchen Voraussetzungen ein Sicherstellungsersuchen nach dem Übereinkommen abgelehnt werden darf. Grundsätzlich ist Deutschland danach verpflichtet, Verkehrsdaten auf Anforderung zu sichern. Diese Verpflichtung geht weit über das IRG hinaus. Das IRG sieht zurzeit keine normenklare Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis auf ausländische Ersuchen vor. Selbst, wenn man eine Ermächtigung dem insoweit nicht hinreichend bestimmten § 59 IRG entnehmen wollte, wäre eine Erhebung von Verkehrsdaten nach § 59 IRG allenfalls nach pflichtgemäßem Ermessen und unter hohen Voraussetzungen (etwa § 59 Abs. 3, § 73 IRG) möglich. Dasselbe gilt, wenn man mit der Bundesregierung § 67 IRG anwenden wollte,⁴⁰ was allerdings für personenbezogene Daten wegen mangelnder Bestimmtheit zweifelhaft⁴¹ und für Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis jedenfalls unzutreffend ist.

Art. 30 CCC zwingt Deutschland sogar zur Übermittlung von Informationen über den Telekommunikationsverkehr in das Ausland, wenn nicht ausnahmsweise „wesentliche Interessen“ beeinträchtigt sind.

Art. 32 CCC erlaubt ausländischen Vertragsparteien die Erhebung personenbezogener Daten – einschließlich Verkehrsdaten – aus Deutschland ohne Ersuchen oder auch nur Wissen Deutschlands, was im IRG überhaupt nicht vorgesehen ist. Verkehrsdaten können hiervon etwa dann betroffen sein, wenn ein Vertragsstaat ein international tätiges Telekommunikationsunternehmen (z.B. E-Mail-Anbieter) um Herausgabe von Verkehrsdaten ersucht.

Nach Art. 33 Abs. 2 CCC ist Deutschland verpflichtet, Vertragsstaaten auf Ersuchen die Erhebung von Verkehrsdaten in Echtzeit stets dann zu ermöglichen, wenn dies nach deut-

³⁸ Ebenso Bundesrat, BT-Drs. 15/4233, 30.

³⁹ Bundesregierung, BT-Drs. 16/7218, 53.

⁴⁰ Bundesregierung, BT-Drs. 16/7218, 54.

⁴¹ Befürwortend für Fotokopien BGH, NSTZ 1985, 554 f.

schem Recht möglich wäre. Auch hier entfällt das im IRG vorgesehene Ermessen, das es erlaubte, Rechtshilfe in Fällen zu verweigern, in denen die Wahrung der Grundrechte des Betroffenen im ersuchenden Staat nicht gewährleistet war.

Nachdem das Abkommen vom 23.11.2001 weit über das IRG hinaus das Fernmeldegeheimnis beschränkt, gilt dies auch im Verhältnis zu anderen völkerrechtlichen Verträgen: Das Übereinkommen vom 29. Mai 2000 über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union sieht eine Überwachung des Telekommunikationsverkehrs nur vor, wenn die Maßnahme nach innerstaatlichem Recht in einem vergleichbaren Fall auch durchzuführen wäre. Eine derartige Einschränkung fehlt etwa den Art. 29 und 30 CCC, soweit sie Verkehrsdaten zum Gegenstand haben. Auch Art. 32 CCC und Art. 33 Abs. 2 CCC finden keine Entsprechung im Europäischen Rechtshilfeübereinkommen. Das Übereinkommen des Europarats über die Rechtshilfe in Strafsachen sieht Eingriffe in Art. 10 GG überhaupt nicht vor. Erst recht nicht verpflichtet es Deutschland dazu.

Was schließlich Ersuchen derjenigen Vertragsparteien des angefochtenen Übereinkommens anbelangt, die nicht Mitglieder des Europarats sind, fehlten vergleichbare Rechtshilfevorschriften bislang ebenfalls. Mit Südafrika etwa besteht kein Rechtshilfeübereinkommen. Mit den Vereinigten Staaten haben zwar die EU und Deutschland Übereinkommen geschlossen. In dem Abkommen vom 25. Juni 2003 zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über Rechtshilfe ist aber kein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis vorgesehen. Art. 12 des Vertrags vom 14. Oktober 2003 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Rechtshilfe in Strafsachen wiederum berechtigt Deutschland nur nach pflichtgemäßem Ermessen zu Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis, wobei die Schutzvorschriften des IRG zur Anwendung kommen.

Abwegig ist die Meinung der Bundesregierung, weil Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis im IRG schon bisher zugelassen seien (§ 84 IRG), stelle eine Erweiterung der Eingriffsmöglichkeiten und -verpflichtungen keine Grundrechtsbeschränkung dar; es würden dadurch nämlich „keine dem bisherigen Recht fremden Möglichkeiten geschaffen“.⁴² Nach dieser Theorie müsste der Gesetzgeber jedes Grundrecht nur genau einmal zitieren, weil bei allen weiteren Beschränkungen keine „dem bisherigen Recht fremden Möglichkeiten“ mehr geschaffen würden. Es bedarf keiner Erläuterung, dass die Erweiterung oder Vertiefung einer Grundrechtsbeschränkung selbstverständlich das Grundrecht weiter einschränkt und deswegen nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG zitierpflichtig ist. Im Übrigen ist bereits ausgeführt worden, dass das angefochtene Übereinkommen nicht etwa nur die Anwendung der

⁴² Bundesregierung, BT-Drs. 15/4233, 31.

Vorschriften des IRG mittelbar und zahlenmäßig ausweitet, sondern schwerwiegende eigenständige Grundrechtsbeschränkungen vorsieht.⁴³

Dem Eingriff in das Fernmeldegeheimnis durch das angefochtene Abkommen lässt sich auch nicht entgegen halten, dieses sehe zwar Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis in weiter gehendem Umfang als bisher vor, der Gesetzgeber habe zu ihnen aber nicht ermächtigt, weil er keinen Umsetzungsbedarf gesehen und deswegen auch keine Umsetzung vorgenommen habe. Der Gesetzgeber hat das Abkommen durchaus umgesetzt. In dem er ihm zugestimmt hat, ist es Bundesgesetz geworden. Deutschland ist seither kraft des Zustimmungsgesetzes verpflichtet, Rechtshilfe in den darin bestimmten Fällen zu leisten. Es bedarf keiner weiteren Umsetzung in einem anderen Gesetz (vgl. § 1 Abs. 3 IRG).

Dass sich Deutschland mit Ratifizierung des Abkommens weithin zur Leistung von Rechtshilfe verpflichtet, hat auch die Bundesregierung erkannt.⁴⁴ In der Denkschrift führt sie dazu aus, Art. 25 CCC stelle keine eigene Ermächtigungsgrundlage dar. Im Grundsatz richte sich die Rechtshilfe nach den im deutschen Recht oder in anwendbaren Rechtshilfeverträgen vorgesehenen Bedingungen (Art. 25 Abs. 4 CCC). Die deutschen Bedingungen gälten aber nur, sofern „in den Artikeln dieses Kapitels nicht ausdrücklich etwas anderes vorgesehen ist“. Soweit dies der Fall ist, bestünden jedenfalls nach dem IRG „umfassende Regelungen, die auch die Vorgaben dieses Übereinkommens erfüllen.“⁴⁵ Zu Art. 29 CCC führt die Bundesregierung aus, nach § 67 IRG könne eine Beschlagnahme erfolgen. Zu Art. 30 CCC heißt es, eine Weitergabe von Verkehrsdaten sei nach den §§ 59 ff. IRG möglich.⁴⁶ Ähnliches ist zu Art. 31 CCC ausgeführt. – Diesen Ausführungen der Bundesregierung ist zu entnehmen, dass sie sich bewusst war, dass sich Deutschland mit dem Abkommen weithin zur Leistung von Rechtshilfe verpflichtet. Die Bundesregierung hält das IRG zwar für eine ausreichende „Ermächtigungsgrundlage“, um diese Pflicht zu erfüllen, verkennt aber den eigenständigen Grundrechtseingriff, der darin liegt, dass das Abkommen vom 23.11.2001 eine Rechtspflicht an die Stelle des grundrechtssichernden Ermessens des IRG setzt und zudem die Anwendung grundrechtssichernder Rechtshilfevoraussetzungen des IRG (etwa § 59 Abs. 3, § 73 IRG) in vielen Fällen nicht mehr zulässt.⁴⁷

Dass der Gesetzgeber die Beschränkung des Fernmeldegeheimnisses durch das angefochtene Übereinkommen verkannt hat, verwundert um so mehr, als er beispielsweise im

⁴³ Vgl. Bundesregierung, BT-Drs. 16/4377, 7.

⁴⁴ Vgl. schon Bundesregierung, BT-Drs. 15/4233, 31.

⁴⁵ Bundesregierung, BT-Drs. 16/7218, 52 f.

⁴⁶ Bundesregierung, BT-Drs. 16/7218, 55.

⁴⁷ Eingriff verneinend: Bundesregierung, BT-Drs. 15/4233, 31.

Zustimmungsgesetz zum Rechtshilfeübereinkommen mit dem USA Art. 10 GG zitiert hat⁴⁸ und das Zitat zutreffend auch für geboten erachtet hat⁴⁹. Dabei sieht letzteres Übereinkommen Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis nur nach Ermessen vor, während das hier angefochtene Abkommen die Erfüllung entsprechender Ersuchen weithin zwingend vorschreibt. Bei dieser Sachlage hätte die Anwendbarkeit des Zitiergebots erst Recht erkannt werden müssen.

Dass das gebotene Zitat unterblieben ist, belegt allerdings, dass sich der Gesetzgeber nicht im klaren darüber war, dass er das Fernmeldegeheimnis (weiter) beschränkt. Dies erklärt, warum er die für solche Beschränkungen geltenden materiellen Voraussetzungen praktisch in keinem Punkt beachtet hat, wie im Folgenden zu zeigen sein wird.

c) Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgebots

Die Beschränkung der Art. 10, 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG durch das Zustimmungsgesetz verletzt das aus Art. 20 GG folgende Verhältnismäßigkeitsgebot. Das ratifizierte Übereinkommen ermächtigt und verpflichtet deutsche und ausländische Rechtshilfebehörden zu unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffen.

aa) Inhalt des Verhältnismäßigkeitsgebots

Das Verhältnismäßigkeitsgebot verlangt, dass der Verlust an grundrechtlich geschützter Freiheit nicht in einem unangemessenen Verhältnis zu den Gemeinwohlzwecken stehen darf, denen die Grundrechtsbeschränkung dient.⁵⁰ Jede Grundrechtsbeschränkung muss durch überwiegende Allgemeininteressen gerechtfertigt sein,⁵¹ so dass nicht jedes staatliche Interesse zur Rechtfertigung einer Grundrechtsbeschränkung genügt.⁵²

Auf Seiten der Gemeinwohlinteressen ist für die Abwägung das Gewicht der Ziele und Belange maßgeblich, denen die Grundrechtsbeschränkung dient. Bei deren Gewichtung kommt es unter anderem darauf an, wie groß die Gefahren sind, denen mit Hilfe der Eingriffe begegnet werden soll, und wie wahrscheinlich deren Eintritt ist.⁵³

⁴⁸ Art. 3 des Zustimmungsgesetzes vom 26.10.2007 - Bundesgesetzblatt Teil II 2007 Nr. 34 vom 02.11.2007, S. 1618.

⁴⁹ Bundesregierung, BT-Drs. 16/4377, 7: „Artikel 12 des Rechtshilfevertrags erlaubt Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung und beschränkt damit das Grundrecht aus Artikel 10 Abs. 1 des Grundgesetzes. [...] Im Hinblick auf die vorstehend genannten grundrechtsrelevanten Beschränkungen ist danach ein Hinweis im Sinne von Artikel 19 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes erforderlich.“

⁵⁰ BVerfGE 100, 313 (375 f.).

⁵¹ St. Rspr. seit BVerfGE 65, 1 (44, 46); in neuerer Zeit etwa BVerfGE 100, 313 (375 f.); BVerfGE 109, 279 (376).

⁵² EGMR, Klass u.a.-D (1978), EuGRZ 1979, 278 (285), Abs. 49; SächsVerfGH, JZ 1996, 957 (965); Minderheitenvotum in BVerfGE 30, 1 (46): „Die ‚Staatsraison‘ ist kein unbedingt vorrangiger Wert.“

⁵³ BVerfGE 100, 313 (376).

Auf Seiten der Freiheitsinteressen ist das Gewicht eines Eingriffs der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zufolge danach zu bemessen, unter welchen Voraussetzungen Eingriffe zulässig sind, welche und wie viele Grundrechtsträger von ihnen betroffen sind und wie intensiv die Grundrechtsträger beeinträchtigt werden.⁵⁴ Zu berücksichtigen ist auch, ob und in welcher Zahl Personen mit betroffen werden, die für den Eingriff keinen Anlass gegeben haben.⁵⁵ Die Eingriffsintensität hängt bei Informationseingriffen unter anderem von Art, Umfang und denkbaren Verwendungen der erhobenen Daten sowie von der Gefahr ihres Missbrauchs ab.⁵⁶ Bei der Feststellung der Möglichkeiten zur Verwendung erlangter Daten ist zu berücksichtigen, ob die Betroffenen anonym bleiben und welche Nachteile ihnen aufgrund der Maßnahmen drohen oder von ihnen nicht ohne Grund befürchtet werden.⁵⁷ Bei der Gewichtung möglicher Nachteile ist die Nutzbarkeit und Verwendungsmöglichkeit der Daten maßgeblich, und zwar unter besonderer Berücksichtigung der Möglichkeit, dass die Daten mit anderen Daten kombiniert und dadurch weitergehende Kenntnisse gewonnen werden können.⁵⁸

Bei der Umsetzung internationaler Vereinbarungen hat das Bundesverfassungsgericht dem Verhältnismäßigkeitsgebot entnommen, dass der Gesetzgeber jedenfalls verpflichtet ist, Umsetzungsspielräume in einer grundrechtsschonenden Weise auszufüllen.⁵⁹ Eine besondere Verantwortung für die verfassungsgemäße Umsetzung durch den Gesetzgeber ergebe sich auch aus dem Umstand, dass Regierungsvereinbarungen umgesetzt werden, die dem Völkerrecht zugeordnet sind und keiner vorherigen parlamentarischen Zustimmung bedürfen.⁶⁰

bb) Unverhältnismäßigkeit der Art. 29, 30 CCC

(1) Rechtshilfepflichten

Das angefochtene Zustimmungsgesetz erlegt Deutschland die Pflicht auf, bestimmten Rechtshilfeersuchen nachkommen zu müssen. Nach den Art. 29, 30 CCC etwa muss ohne Verhältnismäßigkeitsprüfung und ohne Ablehnungsmöglichkeit bei jedem Ersuchen eine Erhebung jedweder angeforderter Daten einschließlich Daten über den Fernmeldeverkehr erfolgen. Diese Vorschriften haben weitreichende Auswirkungen, weil das Abkommen keine Voraussetzungen und Grenzen für Rechtshilfeersuchen festlegt:

⁵⁴ BVerfGE 109, 279 (353).

⁵⁵ BVerfGE 109, 279 (353).

⁵⁶ BVerfGE 65, 1 (46).

⁵⁷ BVerfGE 100, 313 (376).

⁵⁸ BVerfGE 65, 1 (45).

⁵⁹ BVerfGE 113, 273 (300).

⁶⁰ BVerfGE 113, 273 (300).

-
- Ein Ersuchen setzt nach dem Abkommen nur ein „strafrechtliches Verfahren“ voraus, ohne dass eine materielle Eingriffsschwelle besteht. Es wird kein Anfangsverdacht voraus gesetzt. Es ist auch nicht gewährleistet, dass das innerstaatliche Recht aller Vertragsparteien strafrechtliche Ermittlungsverfahren an den konkreten Verdacht einer bestimmten Straftat knüpft. Deutschland kann ausländische Ersuchen, die zum Zweck von Initiativermittlungen ins Blaue hinein erfolgen, nicht ablehnen.
 - Es ist nicht festgelegt, dass nur Informationen über Personen angefordert und erhoben werden dürfen, die einer Straftat verdächtig sind. Es gibt auch keine besonderen Voraussetzungen einer Ermittlungsmaßnahme gegen unverdächtige und unschuldige Dritte.
 - Es ist nicht festgelegt, dass nur solche Informationen erhoben werden dürfen, die zur Aufklärung des Tatvorwurfs geeignet sind.
 - Es ist nicht festgelegt, dass zunächst minder eingreifende Maßnahmen auszuschöpfen sind.
 - Es ist nicht festgelegt, dass die Maßnahme nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck stehen darf.
 - Die vorläufige Sicherung von Informationen in Deutschland wird regelmäßig deren Beschlagnahme im Wege einer Durchsuchung (Art. 13 GG) erfordern. Denn entgegen der Absicht der Verfasser der Konvention⁶¹ hat der deutsche Gesetzgeber kein Verfahren vorgesehen, in dem Daten im Gewahrsam des Besitzers verbleiben und von diesem gesichert werden können. Dementsprechend verpflichtet das Zustimmungsgesetz auf Anforderung einer Vertragspartei zu Wohnungsdurchsuchungen auch dann, wenn der Wohnungsinhaber nicht im Verdacht einer Straftat oder sonst in einem Näheverhältnis dazu steht.
 - Es fehlen jegliche Vorkehrungen zum Schutz von Informationen, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung oder besondere Vertrauensverhältnisse betreffen (vgl. § 97 StPO). Ersuchen auf Sicherung solcher Informationen können nach dem Übereinkommen nicht abgelehnt werden. Gleiches gilt für sonst besonders sensible (Computer-) Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie von Daten über Gesundheit oder Sexualleben.
 - Von den Computerdaten nimmt das Abkommen auch von staatlichen Stellen gespeicherte Daten nicht aus, die von Amtsgeheimnissen besonders geschützt sind (z.B. Sozialgeheimnis, Steuergeheimnis).

⁶¹ Erläuternder Bericht, Abs. 283.

- Es fehlt jegliche qualifizierte Eingriffsschwelle, soweit Ersuchen Informationen über den grundrechtlich besonders geschützten Fernmeldeverkehr zum Gegenstand haben (Telekommunikationsverbindungen, Standortdaten, gespeicherte Telekommunikationsinhalte). Ein Zugriff auf solche Informationen ist nach dem Grundgesetz nur ausnahmsweise zur Verfolgung schwerer Straftaten verhältnismäßig. Das Abkommen erlaubt es aber nicht, Ersuchen zu verweigern, die wegen geringfügiger Straftaten oder eines bloß entfernten Verdachts oder einer fehlenden Nähebeziehung des Betroffenen oder einer geringen Beweiseignung auf vom Fernmeldegeheimnis geschützte Informationen zugreifen wollen. Das angefochtene Abkommen zwingt insoweit nicht nur zur Sicherung von Verkehrsdaten, sondern nach Art. 30 CCC unter Umständen auch zu ihrer Herausgabe an ausländische Behörden, und zwar ohne Ablehnungsmöglichkeit und ohne Vorbehalt entgegen stehenden innerstaatlichen Rechts.
- Das Abkommen sieht nicht vor, dass die Entscheidung über die Erledigung eingehender Ersuchen den Gerichten obliegt. Die nach deutschem Recht zuständigen Gerichte dürfen Ersuchen nach den Art. 29, 30 CCC daher nicht ablehnen.

(2) Keine grundrechtsfreundliche Umsetzung

Der Gesetzgeber hat es versäumt, die Möglichkeiten des Abkommens zu einer möglichst grundrechtsfreundlichen Umsetzung der Art. 29, 30 CCC zu nutzen.

(a) Unverhältnismäßige Ersuchen

Der Gesetzgeber hat nicht im Rahmen seiner Möglichkeiten dafür Sorge getragen, dass unverhältnismäßige Rechtshilfeersuchen von den zuständigen Stellen abgelehnt werden.

Keine Möglichkeit zur Ablehnung unverhältnismäßiger Ersuchen räumt allerdings Art. 15 CCC ein. Denn er gilt nur für die Befugnisse „in diesem Abschnitt“, also im zweiten Abschnitt des Abkommens (Art. 14-21 CCC). Für die Art. 25 ff. CCC sollen eindeutig keine innerstaatlichen Garantien zugelassen werden. Auch aus dem erläuternden Bericht ergibt sich, dass die Ablehnungsgründe in Art. 29, 30 CCC abschließend sein sollen.

Den Spielraum des Art. 29 Abs. 4 CCC wollte der Gesetzgeber zwar wohl mit § 59 Abs. 3 IRG nutzen. Vor dem Hintergrund, dass das Abkommen dem IRG vorgeht (§ 1 Abs. 3 CCC), besteht aber die Gefahr, dass die Rechtshilfebehörden Art. 29 Abs. 4 CCC entsprechend seinem Wortlaut als Ermessensvorschrift auslegen und anwenden. Der Gesetzgeber hat es versäumt, bereichsspezifisch und normenklar festzulegen, dass die deutsche Rechtshilfestelle Ersuchen unter den Voraussetzungen des Art. 29 Abs. 4 CCC stets abzulehnen hat.

Gleiches gilt bezüglich Art. 29 Abs. 5 CCC.

Art. 29 Abs. 5 Buchst. b CCC bildet einen Ansatzpunkt, um unverhältnismäßige Ersuchen zurückzuweisen. Der Gesetzgeber hat es indes versäumt, die Merkmale des Art. 29 Abs. 5 Buchst. b CCC tatbestandlich zu konkretisieren und die Rechtshilfestellen zu verpflichten,

von der Zurückweisungsmöglichkeit Gebrauch zu machen. § 73 IRG genügt dazu nicht, weil die Anwendbarkeit der Vorschrift unklar ist (§ 1 Abs. 3 IRG), weil die Vorschrift nicht hinreichend konkretisiert ist und zudem enger ist als Art. 29 Abs. 5 Buchst. b CCC.

Das Verhältnismäßigkeitsgebot verpflichtet den Gesetzgeber dazu, die Merkmale des Art. 29 Abs. 5 Buchst. b CCC tatbestandlich zu konkretisieren⁶² und anzuordnen, dass Ersuchen unter diesen Voraussetzungen ohne Ermessen zurückzuweisen sind. Namentlich hätte der Gesetzgeber anordnen müssen, dass wesentliche Interessen des Grundrechtsschutzes die Erfüllung von Rechtshilfeersuchen nach dem Abkommen nur erlauben, soweit deutsche Gerichte oder Behörden in entsprechenden Fällen nach deutschem Recht um Rechtshilfe ersuchen dürften und soweit die ersuchte Stelle dem Ersuchen nachkommen dürfte.

Dem lässt sich nicht entgegen halten, dass durch eine solche Formulierung auch Vorschriften zu prüfen wären, die zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots nicht erforderlich sind. Wenn der Gesetzgeber dem Verhältnismäßigkeitsgebot nicht durch Anknüpfung an die deutschen Eingriffsvoraussetzungen und –grenzen gerecht werden will, hätte er in Konkretisierung des Art. 29 Abs. 5 Buchst. b CCC eigene Voraussetzungen und Grenzen für die Erfüllung von Rechtshilfeersuchen festlegen müssen. Auch dies hat er unterlassen.

Durch tatbestandsmäßige Konkretisierung hat der Gesetzgeber Rechtshilfe in typischen Fallgruppen zu untersagen, in denen die Rechtshilfeleistung unverhältnismäßig wäre.⁶³ Im Übrigen hat der Gesetzgeber durch sein Prüfprogramm Sorge zu tragen, dass die zuständigen Stellen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall vornehmen und unverhältnismäßige Ersuchen zurückweisen.⁶⁴ Er hat Art. 29 Abs. 5 Buchst. b CCC dahin zu konkretisieren, dass Ersuchen wegen Beeinträchtigung wesentlicher Interessen zurückzuweisen sind, soweit der mit ihrer Erledigung verbundene Grundrechtseingriff außer Verhältnis zu dem angestrebten Ziel steht.

(b) Unverhältnismäßige Erledigung

Der Gesetzgeber hat weiter versäumt, im Rahmen seiner Möglichkeiten dafür Sorge zu tragen, dass Rechtshilfeersuchen von den zuständigen Stellen möglichst grundrechtsschonend erledigt werden. Zu Art. 29 CCC [Umgehende Sicherung gespeicherter Computerdaten] führt der erläuternde Bericht aus, man habe deswegen eine so weit reichende Bindung an Ersuchen nach dieser Vorschrift vorgesehen, weil der damit verbundene Grundrechtseingriff von geringem Gewicht sei. Zur Begründung heißt es:⁶⁵

⁶² Vgl. BVerfGE 113, .273 (303).

⁶³ BVerfGE 113, .273 (303).

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 113, .273 (303).

⁶⁵ Erläuternder Bericht, Abs. 283.

Die Rechtshilfebeamte der ersuchten Vertragspartei sind nicht verpflichtet, die Daten von ihrem Hüter in Besitz zu nehmen. Das vorzugswürdige Verfahren liegt darin, dass die ersuchte Vertragspartei sicherstellt, dass der Hüter (oftmals ein Diensteanbieter oder ein anderer Dritter) die Daten aufbewahrt (also nicht löscht), bis dann später eine Anordnung ergeht, derzufolge er die Daten an Strafverfolgungsbeamte herauszugeben hat. Dieses Verfahren hat den Vorteil, dass es sowohl schnell ist als auch die Privatsphäre der von den Daten betroffenen Person schützt, weil die Daten nicht gegenüber Staatsbeamten offengelegt oder von diesen untersucht werden, solange nicht die Voraussetzungen einer vollen Offenlegung nach den normalen Rechtshilfe Regelungen erfüllt worden sind.

Der Gesetzgeber hat es versäumt, diesen Spielraum zu nutzen und ein Verfahren vorzusehen, in dem auf ein Ersuchen nach Art. 29 CCC richterlich angeordnet werden kann, dass der für die Verarbeitung Verantwortliche bestimmte Daten für die Dauer von 60 Tagen aufzubewahren hat. Allerdings darf eine solche Anordnung nicht gegenüber dem Beschuldigten vorgesehen werden und auch nur vorbehaltlich der §§ 52-55 StPO ergehen, um nicht zu einer unzulässigen und unzumutbaren Belastung zu zwingen. In solchen Fällen wird nur die Sicherstellung der Daten in Betracht kommen, wobei dann aber erhöhte Anforderungen aus dem Verhältnismäßigkeitsgebot oder seinen gesetzlichen Konkretisierungen folgen – erst Recht, wenn eine Wohnungsdurchsuchung erforderlich ist.

Aus Art. 29 Abs. 6 CCC und dem erläuternden Bericht ergibt sich, dass Art. 29 CCC zur Beschlagnahme auch dann nicht verpflichtet, wenn die Sicherheit der Daten bei dem Verfügungsberechtigten nicht gewährleistet ist, etwa weil es sich um eine „kriminelle Vereinigung“ oder den Beschuldigten handelt.⁶⁶ Vielmehr sollte eine Beschlagnahme nur nach den allgemeinen Rechtshilfe Regelungen verlangt werden können.⁶⁷ Der Gesetzgeber hat diesen Spielraum nicht genutzt. Es verletzt das Verhältnismäßigkeitsgebot, einerseits den weitreichenden Art. 29, 30 CCC zuzustimmen, andererseits aber mit der Beschlagnahme ein besonders eingriffsintensives Instrument zur Umsetzung dieser Vorschriften zu wählen.

(3) Unverhältnismäßigkeit trotz grundrechtsfreundlicher Umsetzung

Was die Ablehnung unverhältnismäßiger Ersuchen angeht, ist nicht zu verkennen, dass es dem subjektiven und objektiven Zweck der Art. 29, 30 CCC zuwider läuft, Art. 29 Abs. 5 Buchst. b und Art. 30 Abs. 2 Buchst. b CCC als allgemeinen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt auszulegen. Die systematische Auslegung zeigt, dass es die Art. 29, 30 CCC gerade nicht ermöglichen sollten, Rechtshilfe zu verweigern, wenn die begehrte Maßnahme in einem gleichartigen inländischen Fall unzulässig wäre (Art. 33 Abs. 2 CCC e contrario). Auch sollten es die Art. 29, 30 CCC nicht ermöglichen, Rechtshilfe wegen im deutschen Recht vorgesehener Bedingungen und Verweigerungsgründe abzulehnen (Art. 25 Abs. 4 CCC e

⁶⁶ Erläuternder Bericht, Abs. 288.

⁶⁷ Vgl. Erläuternder Bericht, Abs. 288.

contrario). Deutschland darf auch nicht bei der Ratifikation einen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt machen, weil ein solcher in dem Abkommen nicht zugelassen ist (Art. 19 Buchst. b WVK, Art. 42 CCC).

Verpflichtet das Abkommen Deutschland danach aber, unverhältnismäßigen Ersuchen nach den Art. 29, 30 CCC nachzukommen,⁶⁸ so ist der Beitritt selbst unzulässig.⁶⁹

Ein Verhältnismäßigkeitsvorbehalt erübrigt sich auch nicht etwa dadurch, dass sichergestellt wäre, dass die Verhältnismäßigkeit schon vom ersuchenden Staat geprüft würde. Eine solche Bestimmung enthält das Abkommen nicht. Es ist auch nicht im Recht aller Vertragsparteien vorgesehen, dass Ersuchen nur unter Voraussetzungen erfolgen, die dem Verhältnismäßigkeitsgebot genügen. Vielmehr zeigt die Praxis, dass dies oft genug nicht der Fall ist und Ersuchen abgelehnt werden müssen. Nach dem Abkommen wäre eine systematische Verhältnismäßigkeitsprüfung künftig aber nicht mehr zulässig.

Was speziell die USA anbelangt, hat das Europäische Parlament in seiner EntschlieÙung vom 03.06.2003 zum Rechtshilfeübereinkommen mit den USA ausdrücklich kritisiert, dass „das US-amerikanische Recht keiner Überprüfung der Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit unterzogen werden muss, wie dies im Europarecht erforderlich ist“.⁷⁰

(4) Keine Rechtfertigung durch Besonderheiten des vorliegenden Falls

Dass das angefochtene Gesetz zu unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffen ermächtigt⁷¹ und die Geltung und Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgebots nicht gewährleistet, lässt sich nicht mit überwiegenden Interessen der Allgemeinheit an dem Beitritt zum Abkommen vom 23.11.2001 rechtfertigen. Im Gegenteil überwiegt das Interesse der betroffenen Bürgerinnen und Bürger an der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots.

Die Auslieferung von Informationen über eine Person an eine ausländische Macht stellt einen tiefgreifenden Grundrechtseingriff dar. Eine Verwertung der Informationen zum Nachteil des Betroffenen unterliegt im Ausland nicht mehr dem Schutz der Grundrechte. Die Informationsauslieferung kann eine grundrechtsverletzende Überwachung, Ergreifung, Freiheitsentziehung, Bestrafung, Tötung oder Folterung durch die ausländische Macht oder Dritte, an welche die Informationen weitergegeben wurden, nach sich ziehen. Informationen können dazu führen, dass Personen bei der Einreise festgehalten und vernommen werden oder ihnen die Einreise gänzlich verweigert wird. Personen können auf Flugverbotslisten oder Terrorlisten gesetzt werden, wie sie etwa in den USA bestehen. Das Vermögen der Betroffenen kann eingefroren werden. Die Telekommunikation („Echelon“),

⁶⁸ Siehe Seite 21.

⁶⁹ Vgl. Ziegenhahn, Schutz der Menschenrechte (2002), 517.

⁷⁰ Empfehlung vom 03.06.2003, 2003/2003(INI), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2003-0239+0+DOC+XML+V0//DE>, Punkt 5.

⁷¹ Seite 21.

Flugreisen („PNR“) oder Finanztransaktionen („Swift“) Betroffener können infolge der Informationsauslieferung überwacht und ausgewertet werden. Materielle Schutzgarantien und ein effektiver Rechtsschutz nach Maßgabe des Grundgesetzes ist im Ausland nicht gewährleistet. Auch hat der Betroffene keine Möglichkeit, an der Rechtssetzung über den Umgang mit seinen Daten im ausländischen Staat demokratisch mitzuwirken, wenn er nicht Staatsbürger des ausländischen Staates ist. Liegt kein maßgeblicher Auslandsbezug seines Verhaltens vor, hat er nicht einmal zumutbare Möglichkeiten, sein Verhalten auf die Folgen einer etwaigen Rechtshilfeleistung durch Deutschland einzurichten.

Die Auslieferung von Informationen über eine Person an eine ausländische Macht stellt danach einen sehr viel tieferen Grundrechtseingriff dar als eine Datenübermittlung innerhalb Deutschlands.

Dem stehen aber keine gewichtigeren Allgemeininteressen gegenüber als bei innerdeutschen Rechts- und Amtshilfehandlungen. Die Besonderheiten des vorliegenden Falls erhöhen das Gewicht der verfolgten Gemeinwohlbelange gegenüber einer innerdeutschen Strafverfolgungsmaßnahme nicht. Jedenfalls erhöhen sie das Gewicht nicht in einem Maße, dass der Grundrechtseingriff gerechtfertigt wäre.

Soweit das Abkommen vom 23.11.2001 eine erleichterte grenzüberschreitende Strafverfolgung und damit den Schutz von Rechtsgütern bezweckt, ist dies auch bei innerdeutschen Strafverfolgungsmaßnahmen der Fall. Dieser Gesichtspunkt rechtfertigt weiter gehende Eingriffe als im Rahmen deutscher Ermittlungsverfahren folglich nicht. Umgekehrt ist außerhalb deutscher Strafverfahren ein Strafverfolgungsinteresse nicht oder jedenfalls nur in geringem Umfang anzuerkennen. Ausländische Staaten können Handlungen strafrechtlich verfolgen, die in Deutschland legal und grundrechtlich geschützt sind, und sie können gegen Personen ermitteln, die hierzu keinen Anlass gegeben haben. In besonderem Maße fehlt es an einem öffentlichen Interesse an der Erleichterung ausländischer Strafverfahren, wenn die verfolgte Handlung unter dem Schutz der deutschen Rechtsordnung vorgenommen wurde und maßgeblichen Inlandsbezug aufweist.

Soweit das Abkommen vom 23.11.2001 eine völkerrechtliche Regelung des Rechtshilfeverkehrs beabsichtigt, liegt in der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit zwar ein legitimes Interesse der Allgemeinheit. Dieses ist im vorliegenden Fall aber von geringem Gewicht und rechtfertigt es nicht, auf die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots in dem Umfang, in dem die Art. 29, 30 CCC es vorsehen, zu verzichten. Insbesondere ist die Ansicht abzulehnen, bei der internationalen Zusammenarbeit seien in Form eines „abgesenkten Grundrechtsstandards“ generell weiter gehende Grundrechtseingriffe hinzunehmen. Diese Ansicht kann zumindest dort nicht richtig sein, wo – wie hier – Eingriffe unmittelbar durch die deutsche Staatsgewalt in Rede stehen (Erfüllung von Rechtshilfeersuchen). Die deutsche Staatsgewalt kann einen grundrechtswidrigen Eingriff nicht dadurch legalisieren, dass sie sich völkerrechtlich zu seiner Vornahme verpflichtet.

Konkret kann es nicht richtig sein, dass eine Ermittlungsmaßnahme deutscher Behörden unverhältnismäßig in die Grundrechte eingreift, wenn sie im Rahmen eines deutschen Ermittlungsverfahrens vorgenommen wird, nicht aber, wenn sie im Rahmen eines ausländischen Ermittlungsverfahrens vorgenommen wird. In beiden Fällen ist der Grundrechtsträger gleichermaßen betroffen. Im Rechtshilfefall wiegt der Eingriff sogar weit schwerer, weil die Auslieferung von Informationen an das Ausland diese dem Schutz der Grundrechte entzieht. Dieser Umstand überwiegt das Interesse an einer internationalen Zusammenarbeit.

Es würde auch die Gefahr internationaler Ermittlungssoasen eröffnen, wenn Rechtshilfe in weiterem Umfang zulässig wäre als Ermittlungsmaßnahmen nach der Strafprozessordnung. Steht das deutsche Recht einer bestimmten Ermittlungsmaßnahme entgegen, so könnte die Strafverfolgungsbehörde einen Hinweis an ausländische Staaten ohne vergleichbaren Grundrechtsschutz geben. Diese könnten sodann ein eigenes Verfahren einleiten und dieselbe Ermittlungsmaßnahme im Wege der Rechtshilfe beantragen. Es kann nicht richtig sein, auf diesem Wege eine Umgehung des deutschen Grundrechtsschutzes im eigenen Land zuzulassen.

Die Hilfeleistung zu ausländischen Verfahren nur an einem – gegenüber deutschen Verfahren – geminderten Grundrechtsstandard zu messen, liefe darauf hinaus, die Interessen ausländischer Staaten höher zu gewichten als die Interessen der Allgemeinheit in Deutschland. Dies kann nicht richtig sein.

Auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) hat ausdrücklich die Meinung abgelehnt, die Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen sei nur an den zwingenden Erfordernissen des Völkerrechts zu messen. Er nimmt vielmehr „eine grundsätzlich umfassende Prüfung im Hinblick auf die zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts gehörenden Grundrechte“ vor.⁷²

(a) Art. 23, 24 GG nicht einschlägig

Einschränkungen der umfassenden Grundrechtsbindung des Gesetzgebers sieht das Grundgesetz nur in Art. 23 GG vor, wonach der Gesetzgeber bei der Entwicklung der Europäischen Union mitwirken darf, auch wenn diese nur „einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren“ Grundrechtsschutz gewährleistet. Diese Bestimmung ist vorliegend nicht einschlägig. Denn das angefochtene Übereinkommen ist ein „klassischer“ völkerrechtlicher Vertrag.

Auch Art. 24 GG rechtfertigt hier aus mehreren Gründen keine Abschwächung der Grundrechtsbindung. Eine derartige Rechtsfolge ist bereits nicht seinem Wortlaut oder Zweck zu entnehmen. Außerdem betrifft das vorliegende Abkommen weder eine „zwischenstaatliche Einrichtung“, noch ein „System gegenseitiger kollektiver Sicherheit“. Der Europarat ist

⁷² EuGH, NJOZ 2008, 4499 (4541) – Kadi, Abs. 330.

kein Verteidigungsbündnis. Das Abkommen vom 23.11.2001 ist ohnehin nicht auf Mitglieder des Europarats beschränkt.

(b) Ungeschriebene Ausnahmefälle nicht einschlägig

Weitere Einschränkungen der umfassenden Grundrechtsbindung des Gesetzgebers hat das Bundesverfassungsgericht nur in besonderen Fallkonstellationen anerkannt, wie sie hier nicht einschlägig sind. So hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, der Gesetzgeber dürfe der vorübergehenden Fortgeltung verfassungswidrigen Besatzungsrechts zustimmen.⁷³ Das angefochtene Abkommen ist weder vorübergehend noch dient es der Ablösung von Besatzungsrecht.

Eine eingeschränkte Grundrechtsbindung hat das Gericht auch für den Fall angenommen, dass ein Zustand dem Grundgesetz zumindest angenähert wird, „der in einem Teil Deutschlands von dem anderen Vertragspartner kraft seiner Besatzungshoheit und ohne Bindung an höherrangige Normen geschaffen worden ist.“⁷⁴ Nur für „Verträge der gekennzeichneten Art“ hat es das Gericht „für eine Übergangszeit“ genügen lassen, „daß der durch den Vertrag geschaffene Zustand ‚näher beim Grundgesetz steht‘ als der vorher bestehende.“⁷⁵ Nur für diesen Fall ist das Gericht von dem Grundsatz abgewichen, wonach „nur solche Vereinbarungen als verfassungsmäßig anzuerkennen sind, die dem Grundgesetz voll entsprechen“.⁷⁶

Aus der damaligen Ausnahmesituation im Saargebiet lässt sich kein allgemeiner Grundsatz entnehmen, wonach im Verkehr mit dem Ausland Grundrechtsverletzungen zulässig seien, um im Ergebnis einen „verfassungsnäheren“ Zustand herbeizuführen als er zuvor bestanden hat.⁷⁷ Insbesondere durfte der Gesetzgeber seine Grundrechtsbindung vorliegend nicht mit dem Argument missachten, er habe den Betroffenen immerhin ein Minimum an Rechten in Drittstaaten gegeben, wo sie vorher keine hatten. Die Ausnahmerechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts findet bereits keine Anwendung, weil es vorliegend nicht um die Verbesserung des Grundrechtsschutzes „in einem Teil Deutschlands“ geht. Deutschland darf nicht die Grundrechte von Bürgern verletzen, um zu versuchen, Verletzungen der Grundrechte anderer Bürger durch ausländische Mächte abzumildern. Vielmehr hat es die Grundrechte vollumfänglich zu beachten. Wenn ein ausländischer Staat – oder auch mehrere – ein den Grundrechten des Grundgesetzes genügendes Abkommen nicht akzeptiert, so muss der Vertragsschluss unterbleiben, selbst wenn dadurch vielleicht einzelne Verbesserungen nicht erzielt werden können. Das Grundgesetz erlaubt es nicht,

⁷³ BVerfGE 15, 337.

⁷⁴ BVerfGE 4, 157 (168 ff.).

⁷⁵ BVerfGE 4, 157 (170).

⁷⁶ BVerfGE 4, 157 (169).

⁷⁷ Scheller, Ermächtigungsgrundlagen für die internationale Rechts- und Amtshilfe zur Verbrechensbekämpfung (1997), 175.

die Grundrechte einzelner Bürger gegeneinander auszuspielen und einzutauschen. Das angefochtene Abkommen bietet im Übrigen auch keinerlei Verbesserungen des Grundrechtsschutzes im Ausland im Vergleich zur bisherigen Rechtslage, also dem vertragslosen Rechtshilfeverkehr. Denn nach der bisherigen Rechtslage stand es im Ermessen Deutschlands, ob und unter welchen Bedingungen es Rechtshilfe gewährt. Der Grundrechtsschutz war bisher folglich besser gewährleistet.

In neuerer Zeit hat das Bundesverfassungsgericht eine Abschwächung der Grundrechtsbindung für den Bereich der internationalen Schifffahrt zugelassen, jedoch nur soweit es sich um Grundrechtspositionen handelte, „die sich in der internationalen Rechtswirklichkeit ohnehin nicht behaupten ließen“, weil eine Grundrechtsbindung dem deutschen Recht „im Bereich der Hochseeschifffahrt praktisch das Anwendungsfeld [...] entziehen“ würde.⁷⁸ – Ein solcher Ausnahmefall ist im vorliegenden Zusammenhang offensichtlich nicht gegeben. Wenn Deutschland bei der Erhebung von Informationen und ihrer Auslieferung an das Ausland auf die Wahrung seiner Grundrechte achtet, entzieht dies den Grundrechten keinen Anwendungsbereich, sondern verhindert umgekehrt ihre Umgehung.

(c) Keine „faktische Vertragsunfähigkeit“

Der Gesetzgeber kann sich seiner Grundrechtsbindung nicht mit dem Argument entledigen, eine uneingeschränkte Geltung der Grundrechte beeinträchtige die „außenpolitische Handlungsfreiheit“ der Bundesregierung oder mache Deutschland gar „faktisch vertragsunfähig“.

Selbst wenn dies zuträfe, wäre es nach der Wertung des Grundgesetzes unerheblich und hinzunehmen. Nach den menschenverachtenden Taten des Dritten Reiches haben die Mütter und Väter des Grundgesetzes begriffen, dass die „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten [...] Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“ sind (Art. 1 Abs. 2 GG) und nicht etwa die Staatsräson – auch nicht die Räson mehrerer Regierungen.

Ausweislich der Präambel der Charta der Vereinten Nationen teilen alle Staaten den „Glauben an die Grundrechte des Menschen, an Würde und Wert der menschlichen Persönlichkeit“. Nach Art. 1 Abs. 3 der Charta ist Ziel der internationalen Zusammenarbeit, „die Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten [...] zu fördern und zu festigen“. Schon begrifflich ist Völkerrecht das Recht der Völker. Zu all diesen Grundsätzen steht es im Widerspruch, durch Abschluss internationaler Abkommen Grund- und Menschenrechte zu verletzen, wie sie in den nationalen Verfassungen der einzelnen Völker gewährleistet sind. Weil Ziel des Völkerrechts die Förderung der Menschenrechte ist, kann völkerrechtsfreundlich nicht handeln, wer seine eigenen Verfassungsbestimmungen zum Schutz der Grundrechte verletzt. Das Selbstbestimmungsrecht der Völker stellt einen all-

⁷⁸ BVerfGE 92, 26.

gemeinen Grundsatz des Völkerrechts dar. Die Völkergemeinschaft muss es daher hinnehmen, dass einzelne Staaten oder Staatengemeinschaften stärkere Verfassungsbestimmungen zum Schutz der Menschenrechte für richtig erachten als andere und hieran auch bei völkerrechtlichen Vereinbarungen gebunden sind.

Die Grundrechte stehen nicht unter einem außenpolitischen Vorbehalt. Die Verfassung ist nicht dem politischen Kompromiss ausgeliefert.⁷⁹ Der Verfassungsstaat ist nicht Vollzugsagentur eines internationalen Gemeinwillens.⁸⁰ Vielmehr ist die durch das Grundgesetz gebotene Partikularität Ausdruck der notwendigen demokratischen und legitimatorischen Balance im System der internationalen Zusammenarbeit.⁸¹

Hiervon abgesehen ist die Behauptung, die Grundrechte machten Deutschland „faktisch vertragsunfähig“, inhaltlich falsch. Dies zeigt bereits die Geschichte der Bundesrepublik, die trotz der gegebenen Grundrechtsbindung von einer derart engen Einbindung in völkerrechtliche Vereinbarungen geprägt ist, dass die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik inzwischen auf ein unüberschaubares Ausmaß angewachsen sind. Vor dem Hintergrund seiner besonderen Geschichte ist Deutschland weiter bei der völkerrechtlichen Einbindung gegangen als andere Staaten, die sehr viel bedachter auf ihre Souveränität sind.

Der souveränitätsbetonte Verhandlungsstil anderer Staaten schränkt die Vertragsfähigkeit dieser Staaten keineswegs merklich ein. Vielmehr ist es auf europäischer und internationaler Ebene üblich, dass einzelne Staaten Vorbehalte einlegen und sich gegebenenfalls Ausnahmen ausbedingen, um ihren verfassungsrechtlichen Grundsätzen Rechnung zu tragen. Großbritannien und Dänemark haben etwa in weitem Umfang Ausnahmen vom Recht der Europäischen Union durchgesetzt. Es gibt im Rahmen der EU auch Sonderbestimmungen für Frankreich, Luxemburg, in letzter Zeit auch verstärkt für Deutschland.

Es ist danach Normalität und nicht „völkerrechtsfeindlich“, dass ein Staat bei internationalen Verhandlungen auf die vollumfängliche Wahrung seiner Verfassung besteht. Es entspricht der Normalität, dass einzelne Staaten multilateralen Übereinkommen die Zustimmung verweigern, die ihren Grundsätzen widersprechen. Im Regelfall führt dies dazu, dass zugunsten des betroffenen Staates ausreichende Ausnahmeregelungen vorgesehen werden. Mitunter führt es dazu, dass ein Übereinkommen insgesamt scheitert, wie es gerade auf die Vereinigten Staaten nicht selten zurückzuführen war. In einigen Fällen kommt es auch dazu, dass das Übereinkommen ohne den betroffenen Staat abgeschlossen wird, etwa im Fall des Internationalen Strafgerichtshofs. In jedem dieser Fälle ist es normal,

⁷⁹ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 302.

⁸⁰ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 302.

⁸¹ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 302 f.

dass jeder Verhandlungsstaat die volle Wahrung seiner Interessen und Verfassung durchsetzt. Dies führt in der Praxis zu keinen untragbaren Verwerfungen.⁸²

Sollten tatsächlich einmal nicht ausräumbare Wertekonflikte bestehen, so kann eine internationale Zusammenarbeit nur durch einen Annäherungsprozess unbestimmter Dauer erreicht werden.⁸³ Nur auf diese Weise kann sich ein echter Konsens schrittweise herausbilden. Nur auf dieser Weise kann eine nachhaltige internationale Zusammenarbeit gelingen⁸⁴, die auch von den rechtsunterworfenen Bürgerinnen und Bürgern akzeptiert wird.

(d) Keine „Isolierung“ Deutschlands

Der Gesetzgeber kann vor diesem Hintergrund nicht damit gehört werden, bei den Verhandlungen über das angefochtene Abkommen hätte eine umfassende Beachtung der Grundrechte nicht durchgesetzt werden können; Deutschland sei bei dem Versuch, Datenübermittlungen von einem angemessenen Schutzstandard abhängig zu machen, sogar vollständig isoliert gewesen.

Die Behauptung, die Grundrechte hätten nicht gewahrt werden können, ist unzutreffend. Der Verlauf der Verhandlungen zeigt vielmehr, dass mitunter ein einziger Staat Vorschläge zur Verbesserung des Datenschutzes blockieren konnte. Wenn in diesem Bereich ein einzelner Staat seine Interessen durchsetzen konnte, dann wäre dies auch der Bundesregierung möglich gewesen, notfalls ebenso „im Alleingang“. Denn die Zusammenarbeit bei der Verfolgung von Computerkriminalität, auf welche gerade die USA entscheidenden Wert legten, hätte ohne Deutschland kaum Sinn gemacht.

Die Behauptung der Grundrechte des Grundgesetzes auf internationaler Ebene als störenden oder gar friedensgefährdenden Konflikt zu interpretieren, greift zu kurz. In der Praxis beeinträchtigt die Verteidigung der Verfassungsordnung nicht den Frieden zwischen den Völkern, sondern führt zu einem Austausch von Argumenten, mitunter auch zu der Entscheidung, Vertragsverhandlungen auszusetzen oder abzubrechen.⁸⁵ Dies ist notwendige Folge des Vorrangs der Grundrechte vor völkerrechtlichen Verträgen, die im Grundgesetz vorgesehen ist.

Zweitens ist das Argument der mangelnden Durchsetzbarkeit von Verbesserungen in den Vertragsverhandlungen rechtlich unerheblich. Denn die Bundesregierung war nicht verpflichtet, ein Abkommen zu schließen, zumal wenn es Verfassungsrecht verletzt. Umgekehrt war die Bundesregierung verpflichtet, die Grundrechte zu beachten und für die Einhaltung des Grundgesetzes zu sorgen.

⁸² Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 262.

⁸³ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 259.

⁸⁴ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 259.

⁸⁵ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 256.

Es ist zwar richtig, dass auf internationaler Ebene ein politischer Zustimmungsdruck besteht, gerade wo – wie teilweise auf dem Gebiet der Computerkriminalität – nur ein gemeinsames Vorgehen Aussicht auf Erfolg hat. Ein gemeinsames Vorgehen ist aber durchaus auch grundrechtskonform möglich, selbst wenn dabei neben der deutschen auch die übrigen beteiligten Grundrechtsordnungen zu wahren sind. Wenn trotz der Möglichkeit eines grundrechtskonformen Rechtshilfesystems einzelne Staaten wie die USA ihre Zustimmung zu den erforderlichen Garantien und Grundrechtssicherungen verweigern, weil sie lieber kein Abkommen schließen als ein den deutschen Grundrechten entsprechendes, so ist die dadurch geschaffene Unmöglichkeit einer Einigung hinzunehmen und muss sich eine Zusammenarbeit auf diejenigen Staaten beschränken, die sich mit der Aufnahme der notwendigen Sicherungen einverstanden erklären, etwa auf die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.

Soweit sich die Bundesregierung in Vertragsverhandlungen isoliert sieht, ist dies notwendig darin begründet, dass jeder Staat seine Werte und Verfassung auf internationaler Ebene allein verteidigen muss. Der politische Druck kann in einer solchen Situation durch den Hinweis entschärft werden, dass die Bundesregierung – wie die übrigen Staaten auch – grundrechtsgebunden ist und keinen Handlungsspielraum hat, was die Achtung der Grundrechte des Grundgesetzes angeht. Entscheidend ist die internationale Akzeptanz und das Verständnis für die Wahrung der Grundrechte,⁸⁶ wofür die Bundesregierung in den Verhandlungen werben muss. Dies kann etwa durch einen Hinweis auf die deutsche Geschichte geschehen. Es kann auch angeführt werden, dass eine friedliche Zusammenarbeit der Völker nur bei Wahrung ihrer Menschenrechte gelingen kann, wie schon aus der UN-Charta hervor geht.⁸⁷

(e) Weitreichende Übereinstimmung der deutschen Grundrechte mit internationalen Verbürgungen

Drittens ist zu berücksichtigen, dass die Bundesregierung zwar die einzige Regierung gewesen sein mag, die sich in den undemokratischen, nichtöffentlichen Regierungsverhandlungen über das Abkommen⁸⁸ für die Wahrung der Grundrechte eingesetzt hat. Auch die anderen europäischen Vertragsparteien waren aber nach der Europäischen Menschenrechtskonvention und nach ihrem nationalen Verfassungsrecht verpflichtet, die Wahrung der Grundrechte im Zusammenhang mit dem geplanten Rechtshilfesystem zu sichern. Haben es die übrigen Vertragsparteien danach rechtswidrig unterlassen, für den erforderlichen Grundrechtsschutz einzutreten und dafür zu sorgen, so kann sich die Bundesregierung nicht auf „Gleichheit im Unrecht“ berufen. Sie hätte sich vielmehr auf die europaweit

⁸⁶ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 254.

⁸⁷ Näher Seite 30.

⁸⁸ Näher Breyer, DuD 2001, 592 (594).

gültigen Vorgaben berufen können, um ausreichende Grundrechtssicherungen durchzusetzen und andernfalls die Verweigerung ihrer Zustimmung zu begründen.

Kernelemente des Grundrechtsschutzes des Grundgesetzes sind auch international gewährleistet und anerkannt. Auch aus diesem Grund kann die Bundesregierung nicht damit gehört werden, bei Beachtung seiner Grundrechte hätte sich Deutschland international isoliert.

Zu den europaweit gültigen Vorgaben zählt insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention. Art. 8 EMRK schützt unter anderem vor der Überwachung des Telekommunikationsverhaltens ohne Wissen der Betroffenen einschließlich der Erhebung und Verwendung von Informationen über Telekommunikationsverbindungen.⁸⁹ Aus dem Rechtsstaatsprinzip leitet der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in ständiger Rechtsprechung inhaltliche Anforderungen an einzelstaatliche Rechtsvorschriften ab, die Eingriffe in die Privatsphäre vorsehen. So muss das nationale Recht einen hinreichenden und effektiven Schutz vor willkürlichen Eingriffen und vor Missbrauch der eingeräumten Befugnisse gewährleisten, wobei der Gerichtshof betont, dass dieses Risiko gerade bei Maßnahmen ohne Wissen des Betroffenen „evident“ sei.⁹⁰ Bei solchen Maßnahmen müsse unter anderem eine effektive, rechtsstaatliche, unabhängige und unparteiische Kontrolle über eingreifende Maßnahmen gewährleistet sein, welche grundsätzlich, zumindest als nachträglicher Rechtsbehelf, durch die Justiz zu gewährleisten ist.⁹¹

Räumt das nationale Recht der Exekutive oder dem zuständigen Richter ein Ermessen bei der Anordnung von Maßnahmen ein, dann verlangt das Bestimmtheitserfordernis – auch und gerade bei geheimen Maßnahmen –, dass der zulässige Zweck der Maßnahme, die Reichweite und Grenzen des Ermessens und die Kriterien, nach denen es auszuüben ist, hinreichend erkennbar sind, insbesondere, dass vorhersehbar ist, unter welchen Umständen und Bedingungen Eingriffe zulässig sind.⁹² Die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit im Einzelnen hängen von der Eingriffstiefe der jeweiligen Maßnahme ab, so dass

⁸⁹ EGMR, Malone-GB (1984), EuGRZ 1985, 17 (23), Abs. 84; EGMR, Valenzuela Contreras-ES (1998), Decisions and Reports 1998-V, Abs. 47; EGMR, P.G. und J.H.-GB (2001), Decisions and Reports 2001-IX, Abs. 42.

⁹⁰ EGMR, Malone-GB (1984), EuGRZ 1985, 17 (20 und 22), Abs. 67 und 81.

⁹¹ EGMR, Klass u.a.-D (1978), EuGRZ 1979, 278 (286), Abs. 55; EGMR, Rotaru-ROM (2000), Decisions and Reports 2000-V, Abs. 59.

⁹² EGMR, Silver u.a.-GB (1983), EuGRZ 1984, 147 (150), Abs. 88; EGMR, Malone-GB (1984), EuGRZ 1985, 17 (20 f.), Abs. 67 und 68; EGMR, Leander-S (1987), Publications A116, Abs. 51; EGMR, Valenzuela Contreras-ES (1998), Decisions and Reports 1998-V, Abs. 60; EGMR, Khan-GB (2000), Decisions and Reports 2000-V, Abs. 26.

schwerwiegende Eingriffe eine besonders präzise gesetzliche Regelung erforderlich machen.⁹³

Für den Fall einer Informationssammlung und -speicherung durch einen Geheimdienst hat der Gerichtshof entschieden, dass das nationale Recht detailliert festlegen muss, welche Arten von Informationen gespeichert werden dürfen, gegenüber welchen Personengruppen Überwachungsmaßnahmen ergriffen werden dürfen, unter welchen Umständen Informationen gesammelt werden dürfen, welches Verfahren dabei einzuhalten ist, nach welcher Zeitdauer erlangte Informationen zu löschen sind, welche Personen auf den Datenbestand zugreifen dürfen, die Art und Weise der Speicherung, das Verfahren des Informationsabrufs sowie die zulässigen Verwendungszwecke der abgerufenen Informationen.⁹⁴

Zum Schutz vor Missbrauch durch Telefonüberwachung ohne Wissen des Betroffenen hat der Gerichtshof die detaillierte Festlegung der folgenden Umstände durch das nationale Recht gefordert: Gegen welche Personen und bei welchen Straftaten das Instrument der Telefonüberwachung eingesetzt werden darf, die maximale Dauer der Überwachungsmaßnahme, das Verfahren, in welchem Abhörprotokolle erstellt werden, die Sicherungsmaßnahmen dafür, dass die Originalbänder intakt und in ihrer Gesamtheit erhalten bleiben, damit sie vom Richter und dem Verteidiger des Beschuldigten untersucht werden können, sowie Fristen für die Löschung der erlangten Informationen.⁹⁵ Für den Fall, dass unbeteiligte Dritte von einer Überwachungsmaßnahme betroffen sind (z.B. als Gesprächspartner eines Verdächtigen), müssen Sicherungsvorkehrungen in Bezug auf deren Daten vorgesehen werden.⁹⁶

Auch wenn Strafverfolgungsorgane um die Herausgabe von Daten „bitten“, ohne das Telekommunikationsunternehmen dazu zu verpflichten, ist erforderlich, dass die freiwillige Übermittlung der angeforderten Daten nach innerstaatlichem Recht rechtmäßig und dass die Befugnis der Strafverfolgungsorgane zur Anforderung solcher Daten im innerstaatlichen Recht detailliert geregelt ist.⁹⁷ In jedem Fall muss der Staat angemessene Maßnahmen ergreifen, um zu verhindern, dass Dritte unbefugt Kenntnis von überwachten Telekommunikationsinhalten erlangen.⁹⁸

In einem weiteren Fall betreffend Telefonüberwachung hat der Gerichtshof betont, ausreichende Sicherungen müssten nicht nur bei der Anordnung von Überwachungsmaßnahmen

⁹³ EGMR, Kopp-CH (1998), StV 1998, 683 (684), Abs. 72.

⁹⁴ EGMR, Rotaru-ROM (2000), Decisions and Reports 2000-V, Abs. 57.

⁹⁵ EGMR, Kruslin-F (1990), Publications A176-A, Abs. 35; EGMR, Valenzuela Contreras-ES (1998), Decisions and Reports 1998-V, Abs. 46.

⁹⁶ EGMR, Amann-CH (2000), Decisions and Reports 2000-II, Abs. 61.

⁹⁷ EGMR, Malone-GB (1984), EuGRZ 1985, 17 (23), Abs. 87.

⁹⁸ EGMR, Craxi-IT (2003), hudoc.echr.coe.int/Hudoc1doc/HEJUD/200307/craxi%20-%2025337jv.chb1%2017072003e(sl).doc, Abs. 74.

vorgesehen sein, sondern auch bei ihrer Durchführung und bei der weiteren Verwendung der erlangten Informationen.⁹⁹ Er hat sodann kritisiert, die angefochtenen Regelungen sähen keine Überprüfung der Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen und der Einhaltung der Löschungsvorschriften durch Personen vor, die entweder außerhalb der Überwachungsbehörde stehen oder die jedenfalls bestimmte Qualifikationen aufweisen, welche ihre Unabhängigkeit und Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit sichern.¹⁰⁰ Auch gebe es kein unabhängiges Kontrollgremium, welchem die Aufsicht übertragen sei.¹⁰¹ Es gebe keine gesetzlichen und öffentlichen Vorschriften darüber, wie die Kontrolle erfolge. Die Überwachungsbehörde müsse weder gegenüber einer unabhängigen Stelle noch vor der Öffentlichkeit Rechenschaft über ihre Tätigkeit ablegen.¹⁰² Die Weitergabe von Informationen an andere Stellen sei dem reinen Ermessen der zuständigen Stelle ohne unabhängige Aufsicht überlassen.¹⁰³ Schließlich sei auch keinerlei Benachrichtigung der Betroffenen vorgesehen, selbst wenn hierdurch der Zweck der Maßnahme nicht mehr beeinträchtigt werden könne.¹⁰⁴ All dies verletze Art. 8 EMRK.

In einem weiteren Fall hat der Gerichtshof ausgeführt, dass einschlägige Recht verpflichte zwar zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Es stelle aber nicht sicher, dass dieser Grundsatz in der Praxis auch eingehalten werde.¹⁰⁵ Grundrechtseingriffe bedürften nach dem Rechtsstaatsprinzip zudem einer wirksamen Beaufsichtigung, die normalerweise den Gerichten zu übertragen sei.¹⁰⁶

Im Jahr 2008 hat die Große Kammer des Gerichtshofs entschieden, dass der Personenbezug für Daten nur so lange aufrecht erhalten werden darf, wie es der Zweck der Datenspeicherung erfordert.¹⁰⁷

Zu Art. 13 EMRK entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass die Vorschrift einen innerstaatlichen Rechtsbehelf garantiert, auf Grund dessen über den Inhalt einer auf die Konvention gestützten „vertretbaren Beschwerde“ entschieden wird und angemessene Abhilfe geschaffen werden kann.¹⁰⁸

⁹⁹ EGMR, European Integration-BG vom 28.06.2007, 62540/00, Abs. 84.

¹⁰⁰ EGMR, European Integration-BG vom 28.06.2007, 62540/00, Abs. 85.

¹⁰¹ EGMR, European Integration-BG vom 28.06.2007, 62540/00, Abs. 87.

¹⁰² EGMR, European Integration-BG vom 28.06.2007, 62540/00, Abs. 88.

¹⁰³ EGMR, European Integration-BG vom 28.06.2007, 62540/00, Abs. 89.

¹⁰⁴ EGMR, European Integration-BG vom 28.06.2007, 62540/00, Abs. 90.

¹⁰⁵ EGMR, Volokhy-UKR vom 02.11.2006, 23543/02, Abs. 51.

¹⁰⁶ EGMR, Volokhy-UKR vom 02.11.2006, 23543/02, Abs. 52.

¹⁰⁷ EGMR, S. und Marper-GB vom 04.12.2008, 30562/04 und 30566/04, Abs. 103.

¹⁰⁸ EGMR, NJW-RR 2004, 289 (294).

Nicht nur die EMRK garantiert wichtige Teile des deutschen Grundrechtsschutzes. Gleiches gilt für die Grundrechtscharta der EU. Nach deren Art. 8 dürfen personenbezogene Daten „nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden. Jede Person hat das Recht, Auskunft über die sie betreffenden erhobenen Daten zu erhalten und die Berichtigung der Daten zu erwirken. Die Einhaltung dieser Vorschriften wird von einer unabhängigen Stelle überwacht.“ Nach Art. 47 der Charta hat jeder Bürger das Recht, gegen eine Grundrechtsverletzung „bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen“.

Kernelemente des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet auch die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG, einschließlich eines Schutzes vor der Datenübermittlung in Drittstaaten, in denen kein angemessenes Schutzniveau garantiert ist. Während diese Richtlinie im Bereich der Strafverfolgung keine Anwendung findet, ist inzwischen ein Rahmenbeschluss für diesen Bereich gefasst worden, der ebenfalls wichtige Elemente des Grundrechtsschutzes vorsieht, beispielsweise das Recht auf eine unabhängige Aufsicht und auf Schutz vor Datenübermittlungen in unsichere Drittstaaten.

Insgesamt zeigt sich, dass Kernelemente des Grundrechtsschutzes des Grundgesetzes auch international verbürgt und anerkannt sind. Auch aus diesem Grund kann die Bundesregierung nicht damit gehört werden, bei Beachtung seiner Grundrechte hätte sich Deutschland international isoliert. Eine Grundrechtsbindung sehen die Verfassungen der meisten anderen Vertragsparteien ebenso vor wie die Europäische Menschenrechtskonvention. Es handelt sich um keinen deutschen Sonderweg. Die Grundrechte sind kein lästiges Beiwerk, das der möglichst einfachen Eingehung internationalen Verpflichtungen im Staatsinteresse zu opfern wäre. Sie sind vielmehr Grundlage und Voraussetzung jeder internationalen Zusammenarbeit.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass gerade im Hinblick auf das angefochtene Übereinkommen die parlamentarische Versammlung des Europarats die „Sicherstellung unabhängiger und effektiver Kontrolle, die in jedem einzelnen Verfahrensstadium auf Tatsachenbefunden bezüglich der Straftat beruht“, und weitere Garantien zum Grundrechtsschutz gefordert hat.¹⁰⁹ Das Europäische Parlament hat noch am 06.09.2001 „nachdrücklich“ gefordert, den Entwurf des Abkommens „so zu ändern, dass [...] keine Daten frei in ein Drittland transferiert werden können, das nicht ein gleiches Niveau des Datenschutzes gewährleistet, wie es durch Artikel 8 der EMRK und das Übereinkommen 108 des Europara-

¹⁰⁹ Stellungnahme Nr. 226 (2001) zum Entwurf des Cybercrime-Abkommens (24.04.2001), Unterpunkt xv., <http://stars.coe.fr/ta/ta01/EOP1226.HTM>.

tes sichergestellt wird“.¹¹⁰ Es hat auch gefordert, dass der Vorrang der Grundrechte vor dem Übereinkommen vereinbart wird, indem „erklärt wird, dass Mitgliedstaaten an die Vorschriften der Union bzw. der Gemeinschaft gebunden sind, wenn es zu einem Konflikt mit dem Übereinkommen kommt“.¹¹¹ Ähnliche Forderungen sind im Rahmen einer Anhörung des Unterausschusses für neue Medien des Deutschen Bundestages,¹¹² in wissenschaftlichen Aufsätzen,¹¹³ in einem Positionspapier der Artikel 29-Datenschutzgruppe und in weiteren Stellungnahmen erhoben worden.

Es waren daher in Wahrheit die Unterhändler der Vertragsparteien und die beteiligten Regierungen, die sich mit ihrer Entscheidung isoliert haben, den Schutz der Grundrechte vollkommen außer Acht zu lassen und sich sogar auf Regelungen einzulassen, welche den Vertragsparteien die „freiwillige“ Beachtung der Grundrechte im Wege der Rechtshilfeverweigerung unmöglich machen.

(f) Keine Beeinträchtigung des Rechtshilfeverkehrs

Eine Relativierung der Geltung der Grundrechte des Grundgesetzes lässt sich nicht mit dem Erhalt des in gegenseitigem Interesse bestehenden zwischenstaatlichen Rechtshilfeverkehrs rechtfertigen. Denn der Rechtshilfeverkehr bleibt auch dann erhalten, wenn jeder Staat die Wahrung seiner Grundrechte im ersuchenden Staat zur Bedingung von Rechtshilfe macht. Dass die Strafverfolgung in Deutschland mit den Grundrechten anderer Staaten kollidieren könnte, ist bereits in keiner Weise ersichtlich. Sollte sich derartiges ergeben, kann der Gesetzgeber dafür sorgen, dass einem höheren Grundrechtsstandard in einem anderen Staat hierzulande Rechnung getragen wird, soweit dies zur Erlangung von Rechtshilfe auf Gegenseitigkeitsbasis erforderlich ist.

Sollte die Anwendung der Grundrechte auf eingehende Ersuchen dazu führen, dass Ersuchen bestimmter Staaten wegen mangelnden Grundrechtsschutzniveaus systematisch abgelehnt werden müssen, und verweigern deswegen diese Staaten ihrerseits systematisch, deutschen Ersuchen nachzukommen, so ist dies die natürliche Folge der Werteordnung des Grundgesetzes. Nach dieser Werteordnung bilden die Grund- und Menschenrechte die Grundlage unseres Staates und dürfen im Staatsinteresse – einschließlich dem Interesse an einem Rechtshilfeverkehr – niemals geopfert werden. In der Praxis wird die Bundesregierung in solchen Fällen die Verhandlungen für ein Rechtshilfeübereinkommen aufnehmen, das die Wahrung der beidseitigen Grundrechte sichert. Auf diese Weise kann der Rechtshilfeverkehr auch mit Staaten ermöglicht werden, in denen ansonsten kein ausreichender Grundrechtsschutz gewährleistet ist.

¹¹⁰ Empfehlung vom 06.09.2001, A5-0284/2001.

¹¹¹ Empfehlung vom 06.09.2001, A5-0284/2001.

¹¹² Dix, Stellungnahme vom 05.07.2007, <http://www.brandenburg.de/media/2473/cyber.pdf>, 10.

¹¹³ Etwa Breyer, DuD 2001, 592.

(g) Respekt vor ausländischen Rechtsordnungen gewährleistet

Der Respekt vor ausländischen Rechtsordnungen ist zumindest insoweit nicht in Frage gestellt wie Grundrechtseingriffe durch die deutsche Staatsgewalt in Rede stehen. Die Frage, inwieweit das Grundgesetz der deutschen Staatsgewalt Grundrechtseingriffe gestattet, berührt ausländische Rechtsordnungen auch beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge nicht. Deswegen beeinträchtigt es die Achtung ausländischer Rechtsordnungen nicht, wenn Deutschland die Erfüllung von Rechtshilfeersuchen davon abhängig macht, dass seine Grundrechte und das Verhältnismäßigkeitsgebot gewahrt sind.

(h) Grundrechtsbindung ist nicht „völkerrechtsfeindlich“

Die strikte Wahrung der Grundrechte des Grundgesetzes ist kein „nationaler Egoismus“, sondern dient zugleich auch dem Schutz der Bürger der übrigen vertragsschließenden Parteien. Wenn die Grundrechte des Grundgesetzes zu einer Erhöhung des internationalen Grundrechtsstandards führen, dann ist dies zu begrüßen und zu fördern. Dass gleichermaßen auch die übrigen Vertragsparteien auf die Einhaltung ihrer Grundrechtskataloge bestehen werden, führt zu dem erfreulichen Ergebnis, dass sich bei internationalen Vereinbarungen ein Grundrechtsschutz auf hohem Niveau ergibt. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht zutreffend ausgeführt:¹¹⁴

Im übrigen gilt für die Verfassung einer Gemeinschaft von Staaten mit einer freiheitlich-demokratischen Verfassung im Zweifel grundsätzlich nichts anderes wie für einen freiheitlichdemokratisch verfaßten Bundesstaat: Es schadet der Gemeinschaft und ihrer freiheitlichen (und demokratischen) Verfassung nicht, wenn und soweit ihre Mitglieder in ihrer Verfassung die Freiheitsrechte ihrer Bürger stärker verbürgen als die Gemeinschaft es tut.

In einer weiteren Entscheidung heißt es zutreffend:¹¹⁵

Zwar ist das Grundgesetz insgesamt von einer völkerrechtsfreundlichen Tendenz getragen. [...] Aus dieser Grundeinstellung folgt aber noch keine Verpflichtung zur uneingeschränkten Anwendung fremden Rechts durch inländische Hoheitsträger auf Sachverhalte mit Auslandsbeziehung; erst recht läßt sich dem Grundgesetz nirgends ein genereller Vorbehalt dahin entnehmen, daß insoweit die Grundrechte zurücktreten müßten. Das der Verfassung vorangestellte Bekenntnis zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als der Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt (Art. 1 Abs. 2 GG) ist nicht zu vereinbaren mit der Vorstellung, die mit den Grundrechten aufgerichtete Wertordnung, besonders die dadurch gewährte Sicherung eines Freiheitsraums für den Einzelnen, könne oder müsse allgemein außer Funktion treten, um der Rechtsordnung anderer Staaten den Vorrang zu lassen.

¹¹⁴ BVerfGE 37, 271 (282 f.).

¹¹⁵ BVerfGE 31, 58 (75 f.).

Sollte sich im Einzelfall herausstellen, dass die Verfassungsgrundsätze der Verhandlungsstaaten nicht miteinander in Einklang zu bringen sind, so muss von dem Vertragsschluss abgesehen und zunächst eine weitere Verfassungsentwicklung abgewartet werden. Bei dem vorliegenden Abkommen ist allerdings in keiner Weise ersichtlich, dass die Wahrung des Grundgesetzes mit Verfassungsrecht eines anderen Vertragsstaates kollidiert hätte. Folglich kann sich die Bundesregierung nicht darauf berufen, es habe eine „praktische Konkordanz“ zwischen unterschiedlichen Grundrechtskatalogen hergestellt werden müssen.

Das Ziel der Völkerrechtsfreundlichkeit erlaubt dem Gesetzgeber nicht, im Wege einer „Politikwäsche“ auf internationaler Ebene Vereinbarungen zu treffen, die er innerstaatlich unter Geltung der Grundrechte des Grundgesetzes nicht treffen dürfte. Dass die völkerrechtliche Zusammenarbeit hinter die anwendbaren Menschenrechtsgarantien zurücktreten muss, hat neuerdings auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) anerkannt und festgestellt:¹¹⁶

Aus alledem folgt, dass die Verpflichtungen aufgrund einer internationalen Übereinkunft nicht die Verfassungsgrundsätze [...] beeinträchtigen können, zu denen auch der Grundsatz zählt, dass alle Handlungen der Gemeinschaft die Menschenrechte achten müssen, da die Achtung dieser Rechte eine Voraussetzung für ihre Rechtmäßigkeit ist [...].

Auch das Europäische Parlament hat in seiner Entschließung zur justiziellen Zusammenarbeit der Europäischen Union mit den Vereinigten Staaten bei der Terrorismusbekämpfung vom 13.12.2001 „betont, dass jedes internationale Abkommen über polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit, das die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten unterzeichnen, die EMRK [...] in vollem Umfang respektieren¹¹⁷ muss“.¹¹⁸ Weiter hat das Europäische Parlament in seiner Entschließung vom 03.06.2003 zum Rechtshilfeübereinkommen mit den USA gefordert, das Abkommen solle ausdrücklich „auf die Charta der Grundrechte der Europäischen Union Bezug [nehmen], damit ihre Bestimmungen [für die USA] bindend sind [...], weil die Union nicht legitimiert ist, über die Befugnisse und Verpflichtungen, die ihr von den Gründungsverträgen auferlegt werden, hinaus zu verhandeln“.¹¹⁹ Auch das Europäische Parlament leitet also aus den Grundrechten ab, dass sie den Abschluss

¹¹⁶ EuGH, C-402/05 P und C-415/05 P vom 03.09.2008, Absatz-Nr. 285.

¹¹⁷ In der englischen und französischen Originalfassung wird der Begriff „respektieren“ und nicht nur – wie in der deutschen Übersetzung – „berücksichtigen“ verwendet.

¹¹⁸ Entschließung vom 13.12.2001, B5-0813/2001, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:177E:0288:0290:DE:PDF>.

¹¹⁹ Empfehlung vom 03.06.2003, 2003/2003(INI), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2003-0239+0+DOC+XML+V0//DE>, Punkt 2.

von Rechtshilfeverträgen nur zulassen, wenn ihre Wahrung in allen Vertragsstaaten gewährleistet ist.

Bei den Zielen der Völkerrechtsfreundlichkeit, der außenpolitischen Handlungsfähigkeit, des außenpolitischen Ansehens und des Rechtshilfeverkehrs handelt es sich letztlich um eine Art internationale Staatsraison. Die Logik der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit begründet eine „Überstaatsraison“ als Eigenwert.¹²⁰ Zwischenstaatliche Zusammenarbeit ist ihrer Art nach auf größtmögliche Effektivität staatlichen Handelns und staatlicher Macht ausgerichtet.¹²¹ Es muss indes darauf geachtet werden, dass auch im Bereich der internationalen Zusammenarbeit der Vorrang der Grundrechte vor der Staatsraison gewährleistet wird. Interessen der deutschen oder ausländischer Staatsgewalt darf nicht pauschal der Vorrang vor Grundrechten eingeräumt werden, nur weil der Grundrechtsschutz die Ziele von Staatsführungen einschränke.¹²² Das Grundgesetz sieht nicht vor, dass „im Zweifel für die Weltoffenheit“ zu entscheiden wäre.¹²³ Eine Regelerorientierung an einer „Vernunft des Staates“ liefe auf eine abstrakte wertneutrale Abwägung nach dem staatlichen Primat hinaus, die die maßstabsbildende und damit begrenzende Funktion der Verfassung aushöhlen würde.¹²⁴ Bei der verfassungsrechtlichen Würdigung des Interesses an einer zwischenstaatlichen Zusammenarbeit muss beachtet werden, dass das Grundgesetz zwar auf eine Integration Deutschlands in die Völkergemeinschaft abzielt, dass es eine Integration aber nur in eine freiheitsgerechte Ordnung will.¹²⁵

Dem Grundgesetz ist nicht zu entnehmen, dass Konflikte im Rahmen internationaler Vertragsverhandlungen unter allen Umständen zu vermeiden wären.¹²⁶ Wenn jeder Staat in internationalen Verhandlungen auf die Wahrung seiner Verfassung besteht, so beeinträchtigt dies letztlich nicht die internationale Zusammenarbeit. Vielmehr dient der Widerspruch eines Staates der Systemintegration, indem er den völligen Rückzug des Staates aus den Vertragsverhandlungen oder aus dem Vertrag verhindert.¹²⁷ Das vorliegende Abkommen zeigt deutlich: Indem die Bundesregierung versäumt hat, auf die Wahrung der Grundrechte zu bestehen, hat sie die Chance vertan, dem – im Ansatz begrüßenswerten – Übereinkommen beitreten zu können. Sie muss stattdessen den grundrechtswidrigen Vertrag kündigen und neu verhandeln. Es wäre den internationalen Beziehungen viel förderlicher ge-

¹²⁰ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 250.

¹²¹ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 252.

¹²² Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 126.

¹²³ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 259.

¹²⁴ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 126 m.w.N.

¹²⁵ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 253.

¹²⁶ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 259.

¹²⁷ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 256 f.

wesen, hätte die Bundesregierung schon in den Vertragsverhandlungen auf der Wahrung der Grundrechte bestanden und andernfalls ihre Zustimmung verweigert.

Dem Allgemeininteresse an einer friedlichen internationalen Zusammenarbeit kommt zwar verfassungsrechtliches Gewicht zu. Die internationale Zusammenarbeit erreicht aber bei Weitem nicht die Legitimationskraft, die von einem staatlichen Gemeinwesen ausgeht.¹²⁸ Dies zeigt sich schon daran, dass zwischenstaatliche Vereinbarungen demokratischen Grundprinzipien zuwider von Bundeskanzler oder einem Minister hinter verschlossenen Türen faktisch als Gesetzgeber ausgehandelt werden. Nur hinsichtlich des „Ob“ der Ratifizierung behält der Bundestag ein – in der Rechtswirklichkeit aus politischen Gründen sehr eingeschränktes – Vetorecht. Der kumulierte Wille mehrerer Staaten – besser: der Regierungen mehrerer Staaten – ist nicht weniger gegen Irrtümer gefeit als der Wille eines einzelnen Staats.¹²⁹ Umgekehrt ist die einzelstaatliche Willensbildung qualitativ besser, weil sie nach einem über Jahrhunderte entwickelten, demokratischen Entscheidungsverfahren erfolgt.

Nur die Grundrechtsbindung bei internationalen Vereinbarungen Deutschlands sichert die Akzeptanz der internationalen Zusammenarbeit durch die Bürgerinnen und Bürger. Die immer umfangreichere und intensivere internationale Verflechtung kann nur dadurch ausreichend legitimiert werden, dass sie über eine formale Zustimmung hinaus auch von einem materiellen, im politischen Gemeinwesen rückgebundenen Konsens getragen wird.¹³⁰ Die verbesserte Akzeptanz internationaler Vereinbarungen durch deren strikte Grundrechtsbindung gleicht auf mittlere Sicht etwaige kurzfristige negative Folgen der Konfliktbereitschaft des Grundgesetzes mehr als aus.¹³¹

Auch die historische Entwicklung mindert das Allgemeininteresse an einer möglichst engen internationalen Zusammenarbeit. Die Mütter und Väter des Grundgesetzes verfolgten noch die Hauptziele, die nationale Einheit der Bundesrepublik zu wahren, die staatliche Einheit Deutschlands wieder herzustellen und Deutschland wieder als voll souveränen Staat in die Völkergemeinschaft einzuordnen.¹³² Diese Ziele sind inzwischen jedoch allesamt erreicht.¹³³ Es ist an der Zeit, dass sich Deutschland auf internationaler Ebene – wie es die anderen Staaten schon immer getan haben – anfängt zu behaupten und die Wahrung seiner fundamentalen Grundrechte und Interessen durchsetzt.

¹²⁸ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 252.

¹²⁹ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 253 f.

¹³⁰ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 296.

¹³¹ Vgl. Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 262.

¹³² Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 288.

¹³³ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 288.

Dem Allgemeininteresse an zwischenstaatlicher Zusammenarbeit kommt auch deshalb nur geringes Gewicht zu, weil sich Freiheit und Selbstbestimmung durch eine internationale Zusammenarbeit nicht steigern lassen.¹³⁴

(i) Politische Folgen der Verwerfung des Zustimmungsgesetzes

Wenn das Bundesverfassungsgericht das angefochtene Abkommen nun – wie es die zuständigen Gerichte aller anderer Staaten auch tun werden – an dem nationalen Verfassungsrecht misst und gegebenenfalls wegen Verletzung der Grundrechte verwirft, so handelt es daher nicht völkerrechtsfeindlich, sondern erweist umgekehrt dem Recht der Völker einen großen Dienst. Es erzwingt dadurch nämlich eine Nachverhandlung des Abkommens unter voller Beachtung der Grundrechte. Außerdem sorgt es präventiv dafür, dass der Bundesregierung bei künftigen Verhandlungen klar vor Augen stehen wird, was bei der grundrechtseingreifenden Rechtssetzung auf internationaler Ebene zu beachten ist. Wie eingangs dargelegt,¹³⁵ drohen weitere Abkommen im Namen der „Effektivität“ staatlicher Ausgabenwahrnehmung unsere Grundrechte zu verletzen.

Dass die Verwerfung eines Beitritts zu einem multilateralen Übereinkommen erhebliche politische Folgen hat, trifft sicherlich zu. Auch dies ist aber nicht ungewöhnlich, wie etwa die Verwerfung der Rechtsakte zur Übermittlung von Fluggastdaten in die USA durch den Europäischen Gerichtshof zeigt. In jenem Fall ist das Übereinkommen mit den USA gekündigt und so neu ausgehandelt worden, dass es die Vorgaben des Gerichtshofs wahrte. Auch bei dem vorliegenden Abkommen wird dies erfolgen müssen, nachdem die Bundesregierung versäumt hat, von Anfang an für die Wahrung der Grundrechte zu sorgen. Nach Art. 47 des ratifizierten Vertrags kann Deutschland jederzeit kündigen, so dass ein Verstoß Deutschlands gegen völkerrechtliche Pflichten nicht zu besorgen ist.

Bei völkerrechtlichen Verträgen ist es dem System des Rechtsschutzes immanent, dass die Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht auf nationaler Ebene überprüft wird. Es lässt sich daher nicht vermeiden, dass mit dem Bundesverfassungsgericht ein einzelner Vertragsstaat die Grundrechte durchsetzen muss und nicht ein internationales Gericht für alle Vertragsstaaten. Dieses System des Rechtsschutzes darf nicht als „Alleingang“ oder „Ausseren“ Deutschlands missverstanden werden. Will die Bundesregierung vermeiden, dass die Folgen ihrer Verfassungsverletzung ihr außenpolitisches Ansehen beeinträchtigen, dann muss sie künftig schon bei Vertragsverhandlungen für die Wahrung der Grundrechte des Grundgesetzes sorgen. Für Zweifelsfälle kann sie die Voraussetzungen dafür schaffen, dass Rechtsgutachten des Bundesverfassungsgerichts über Vertragsentwürfe eingeholt werden können.

¹³⁴ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 253.

¹³⁵ Seite 4.

Außerdem ist zu beachten, dass eine Vielzahl der Unterzeichnerstaaten das Abkommen noch nicht ratifiziert haben und teilweise vielleicht auch nicht ratifizieren werden. Etliche Mitglieder des Europarats haben das Abkommen bereits nicht unterzeichnet. Dass Deutschland das Abkommen nach Nichtigerklärung des Vertragsgesetzes nicht umsetzt, stellt also keinen Einzelweg dar. Deutschland hat auch in anderen Fällen kein Problem damit, Abkommen des Europarats nicht beizutreten, etwa dem Strafrechtsübereinkommen über Korruption vom 27.01.1999.

Im Übrigen ist – wie bereits dargelegt – zu erwarten, dass es bei der Verwerfung des Beitritts durch das Bundesverfassungsgericht nicht bleiben wird, sondern dass sich die Gerichte anderer Staaten – wie mitunter schon in der Vergangenheit – der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anschließen und ebenso entscheiden werden. Zumal die Verbürgungen des Grundgesetzes, wie bereits ausgeführt, in vielen Punkten auch international gewährleistet sind. Im Ergebnis wird es zu einer Neuverhandlung des Übereinkommens unter Berücksichtigung der Vorgaben des Verfassungsrechts der Vertragsparteien kommen. Auf diese Weise wird der an sich sinnvolle Ansatz eines international abgestimmten Vorgehens gegen Computerkriminalität zu erhalten sein.

Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht für das Verhältnis zur frühen Europäischen Gemeinschaft, in welcher noch kein vergleichbarer Grundrechtsschutz gewährleistet war, ausgeführt:¹³⁶

Die Bindung der Bundesrepublik Deutschland (und aller Mitgliedstaaten) durch den Vertrag ist nach Sinn und Geist der Verträge nicht einseitig, sondern bindet auch die durch sie geschaffene Gemeinschaft, das ihre zu tun, um den hier unterstellten Konflikt zu lösen, also nach einer Regelung zu suchen, die sich mit einem zwingenden Gebot des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland verträgt. Die Berufung auf einen solchen Konflikt ist also nicht schon eine Vertragsverletzung, sondern setzt den Vertragsmechanismus innerhalb der europäischen Organe in Gang, der den Konflikt politisch löst.

Für die Zwischenzeit bis zur grundrechtskonformen Neuverhandlung ist es nicht erforderlich, dass das Bundesverfassungsgericht das angefochtene Zustimmungsgesetz teilweise aufrecht erhält. Denn nach Maßgabe des IRG kann weiterhin Rechtshilfe geleistet werden. Dies war bis 2008 zur Sicherung des Allgemeininteresses ausreichend und ist es auch weiterhin.

Wo die Gerichte die Wahrung der Rechte der Bürger durchsetzen, stärkt dies jedenfalls die Akzeptanz des Völkerrechts durch die Bürger und damit auch das Völkerrecht selbst. Eine friedensstiftende Wirkung kann Völkerrecht nur entfalten, wenn es die Rechte der Bürger wahrt und von diesen nicht als aufgezwungener Fremdkörper empfunden wird. Die Ver-

¹³⁶ BVerfGE 37, 271 (279).

werfung grundrechtswidrigen Völkerrechts dient damit den Völkern und schadet ihnen nicht.

(j) Ausnahme

Dass Deutschland die Wahrung seiner Grundrechte zur Voraussetzung einer Zusammenarbeit mit dem Ausland macht, ist dem Ausland auch nicht unzumutbar. Denn für Extremfälle kennt das deutsche Recht den Notstand: Ein deutscher Beamter, der unter Außerachtlassung der Vorgaben des Grundgesetzes und des Gesetzesrechts Informationen erhebt und an das Ausland übermittelt, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit von Personen abzuwenden, handelt unter den Voraussetzungen des § 34 StGB nicht rechtswidrig. Dies ermöglicht im Extremfall etwa eine Weitergabe personenbezogener Daten zur Verhinderung eines unmittelbar bevorstehenden terroristischen Anschlags im Ausland, selbst wenn dort die Grundrechte der von der Informationsauslieferung Betroffenen nicht gesichert sind. Weiter als § 34 StGB darf der Gesetzgeber bei der Lockerung seiner Grundrechtsbindung allerdings nicht gehen, weil er damit Menschen in die Gefahr von Folter, Ausnahmegesetzen, ungesetzlichem Freiheitsentzug und weiteren Menschenrechtsverletzungen bringt. Eine Verletzung des Art. 1 GG darf auch im Notstandsfall nicht riskiert werden.

(k) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die weitreichenden Rechtshilfepflichten der Art. 29, 30 CCC zwar legitime Ziele verfolgen, dass es das Gewicht dieser Belange aber nicht rechtfertigt, Computer- und Verbindungsdaten auf „Zuruf“ praktisch ohne Eingriffsvoraussetzungen und -grenzen zu sichern (so Art. 29 CCC) und zu übermitteln (so Art. 30 CCC).¹³⁷

(l) Hilfsweise: Verstoß gegen ordre public der deutschen Rechtsordnung

Nur hilfsweise für den Fall, dass das Gericht der Auffassung sein sollte, die Eingehung einer Verpflichtung der deutschen Staatsgewalt zu Rechtshilfemaßnahmen sei nur an den unabdingbaren Grundsätzen der deutschen verfassungsrechtlichen Ordnung zu messen, wird darauf hingewiesen, dass auch diese nicht gewahrt sind. Namentlich folgt das Verhältnismäßigkeitsgebot aus dem Rechtsstaatsgebot und ist Teil des ordre public nach dem Grundgesetz (vgl. Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 GG).¹³⁸ Der Grundrechtsteil des Grundgesetzes¹³⁹ und die ihm zugrunde liegenden Rechtsprinzipien¹⁴⁰ sind ein unverzichtbares,

¹³⁷ Näher Seite 21.

¹³⁸ Vgl. OLG Celle, Beschluss vom 20.05.2008, Az. 1 Ars 21/08.

¹³⁹ BVerfGE 37, 271 (280); BVerfGE 31, 58 (86 f.); BVerfG, 2 BvR 2368/99 vom 4.4.2001, Absatz-Nr. 18, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20010404_2bvr236899.html; Ruthig in Wolter/Schenke/Rieß/Zöller, Datenübermittlungen und Vorermittlungen (2003), 194.

¹⁴⁰ BVerfGE 73, 339 (376).

zum Grundgefüge der geltenden Verfassung gehörendes Essentiale. Das danach unabdingbare Verhältnismäßigkeitsgebot erlaubt keine grundrechtseingreifenden Datensicherstellungen oder –übermittlungen ohne jegliche Voraussetzungen und Grenzen, zumal wenn Wohnungsdurchsuchungen und Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis in Rede stehen.¹⁴¹

(m) Hilfsweise: Verstoß gegen völkerrechtlichen ordre public

Eine Verletzung der Art. 10, 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG ergibt sich auch daraus, dass zugleich Art. 8 EMRK verletzt ist. Dieser erlaubt Eingriffe nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gehört zum internationalen und europäischen ordre public.¹⁴²

(aa) Die EMRK als Prüfungsmaßstab

Die bestehenden internationalen Verpflichtungen Deutschlands nach der Europäischen Menschenrechtskonvention bilden eine absolute Grenze für Eingriffe in die Grundrechte des Grundgesetzes.¹⁴³ Dies ergibt sich daraus, dass die Europäische Menschenrechtskonvention ein „Verfassungsinstrument des europäischen ordre public“ darstellt.¹⁴⁴ Als Bestandteil des ordre public sind die Konventionsrechte unabdingbar und haben absoluten Vorrang vor anderen Interessen.¹⁴⁵ Soweit das Bundesverfassungsgericht zwischen einem völkerrechtlichen und einem deutschen ordre public unterscheidet, kann der europäische ordre public beiden dieser Elemente zugeordnet werden. Richtigerweise ist der europäische ordre public sowohl völkerrechtlicher Natur wie auch Bestandteil der deutschen öffentlichen Ordnung.

Das Bundesverfassungsgericht ist auch zuständig für die Prüfung, ob dieser ordre public gewahrt ist. Deutschland ist völkerrechtlich verpflichtet, eine wirksame Abhilfemöglichkeit gegen Konventionsverletzungen bereitzustellen (Art. 13 EMRK). Im vorliegenden Zusammenhang ist die Verfassungsbeschwerde die einzige wirksame Beschwerdemöglichkeit gegen die Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention durch das deutsche Zustimmungsgesetz zu dem Abkommen vom 23.11.2001. Nur das Bundesverfassungsgericht kann Rechtsschutz gegen dieses Gesetz gewähren, zumal die Beschwerdeführer nicht zuverlässig von der Anwendung des Zustimmungsgesetzes erfahren. Das Bundesverfassungsgericht als einzige Abhilfeinstanz muss daher Deutschlands Verpflichtung aus Art. 13 EMRK erfüllen, indem es Konventionsverletzungen durch deutsche Parlamentsgesetze abhilft, soweit ihm das möglich ist.

¹⁴¹ Näher Seite 21.

¹⁴² OLG Karlsruhe, NStZ 2005, 351 (352); von Danwitz, DÖV 2004, 501 (510) m.w.N.

¹⁴³ Vgl. BGHSt 47, 120; OLG Karlsruhe, NStZ 2005, 351 (352).

¹⁴⁴ EGMR, NJW 2006, 197 – Bosphorus, Abs. 156.

¹⁴⁵ Ziegenhahn, Schutz der Menschenrechte (2002), 512 f.: ius cogens.

Zwar trifft es zu, dass das Grundgesetz Vorrang vor der EMRK hat, die in Deutschland nur im Rang einfachen Rechts gilt. Jedoch kann die Rangfolge nur dort eine Rolle spielen, wo eine Kollision zwischen Grundgesetz und EMRK besteht (vgl. die vergleichbare Problematik bei Art. 31 GG). Soweit es das Grundgesetz zulässt, ist das Bundesverfassungsgericht nicht gehindert, im Rahmen seiner Zuständigkeit die Verpflichtungen Deutschlands nach der EMRK zu wahren.

Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht bereits ausgesprochen, dass es die EMRK bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes berücksichtigt.¹⁴⁶ Soweit es die Grundrechte des Grundgesetzes zulassen, sind sie daher so auszulegen, dass sie die Menschenrechte nach der EMRK gewährleisten. Auslegungsspielräume sind so zu nutzen, dass der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte dem der Konventionsrechte mindestens entspricht und Deutschland auf diese Weise seinen Verpflichtungen aus der Konvention (Art. 13 EMRK) auch gegenüber – nach deutschem Recht gleichrangigen – Parlamentsgesetzen nachkommen kann.

Es ist zwar richtig, dass das Bundesverfassungsgericht nur über Beschwerden entscheidet, die eine Verletzung der Grundrechte des Grundgesetzes zum Gegenstand haben (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG), weswegen eine Verletzung der EMRK für sich genommen nicht vor dem Bundesverfassungsgericht gerügt werden kann. Jedoch hindert dieser Prüfungsmaßstab nicht, im Rahmen der Auslegungsmöglichkeiten eine Verletzung der Grundrechte des Grundgesetzes immer dann anzunehmen, wenn auch die EMRK verletzt ist. Nur auf diese Weise kann Deutschland seinen Verpflichtungen aus der Konvention (Art. 13 EMRK) auch im Verhältnis zu Parlamentsgesetzen gerecht werden und eine Konventionsverletzung aufgrund unzureichender Abhilfemöglichkeiten vermeiden.

Anzumerken ist, dass der Supreme Court of Canada bereits anerkannt hat, dass die internationalen Verpflichtungen Kanadas zum Schutz der Menschenrechte eine absolute Grenze für Grundrechtseingriffe bilden und dass ihre Einhaltung inzident auch vom Supreme Court zu überprüfen ist.¹⁴⁷ Dies gilt keineswegs nur für allgemeines Völkerrecht. Die Verfassungsgerichte mehrerer europäischer Nachbarländer handhaben dies hinsichtlich der EMRK ebenso,¹⁴⁸ etwa der belgische Verfassungsgerichtshof bezüglich Art. 8 EMRK.¹⁴⁹

¹⁴⁶ BVerfGE 74, 358 (370): „Bei der Auslegung des Grundgesetzes sind auch Inhalt und Entwicklungsstand der Europäischen Menschenrechtskonvention in Betracht zu ziehen (...) Deshalb dient insoweit auch die Rechtsprechung des EGMR als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes“.

¹⁴⁷ Supreme Court of Canada, *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, Urteil vom 23.05.2008, <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2008/2008scc28/2008scc28.html>, Abs. 18, 26, 31, 36.

¹⁴⁸ Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, Einl., Rn. 163 m.w.N.

¹⁴⁹ Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, Einl., Rn. 163 m.w.N.; für die Anwendbarkeit in Deutschland Lagodny in Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, § 73, Rn. 105.

Auch die deutschen Oberlandesgerichte ziehen zunehmend die Rechtsprechung des EGMR heran, um die Grenzen zulässiger vertraglicher Rechtshilfe zu ermitteln.¹⁵⁰

(bb) Anwendung auf den vorliegenden Fall

Art. 8 EMRK gewährleistet das Fernmeldegeheimnis, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die Unverletzlichkeit der Wohnung. Eingriffe sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs für Menschenrechte nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zulässig. Dass die Art. 29, 30 CCC die genannten Grundrechte unverhältnismäßig weitgehend beschränken, ist bereits dargelegt worden.¹⁵¹ Sie verletzen damit auch Art. 8 EMRK. Als Bestandteil des *ordre public* hat diese Norm Vorrang vor anderen Interessen wie den oben diskutierten.¹⁵² Die Art. 29, 30 CCC können daher nicht mit außenpolitischer Handlungsfähigkeit oder dem Interesse am Rechtshilfeverkehr gerechtfertigt werden.

cc) Unverhältnismäßigkeit des Art. 32 CCC

Einen Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot stellt auch die Zustimmung zu Art. 32 CCC dar.

Grundsätzlich ergibt sich aus dem Prinzip der territorialen Souveränität, dass hoheitliche Befugnisse einschließlich Ermittlungsmaßnahmen auf fremdem Territorium unzulässig sind. Das Völkerrecht weist allein dem Belegenheitsstaat das Recht zum hoheitlichen Zugriff auf Gegenstände und Daten zu, die sich auf seinem Territorium befinden.¹⁵³ Mit dem angefochtenen Abkommen hat der Gesetzgeber den Grundrechtsträgern diesen Schutz genommen, ohne sicherzustellen, dass Zugriffe im Wege des Art. 32 CCC nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit erfolgen. Dass die Grundrechte Deutschland verbieten, unkontrollierte ausländische Hoheitshandlungen in Deutschland zu dulden, hat das OLG Karlsruhe bereits entschieden.¹⁵⁴

Ausländische Staaten können nach Art. 32 CCC etwa international tätige Unternehmen bitten, Informationen aus Deutschland über Personen herauszugeben, gegen die kein oder kein den Grundrechtseingriff rechtfertigender Tatverdacht vorliegt. Dadurch wird das ge-

¹⁵⁰ Nachweise bei Ziegenhahn, *Schutz der Menschenrechte* (2002), 294 f.

¹⁵¹ Seite 20 ff.

¹⁵² Seite 26 ff.

¹⁵³ Wastl/Litzka/Pusch, *NStZ* 2009, 68 (72) m.w.N.

¹⁵⁴ OLG Karlsruhe, *NJW* 1992, 642 (644): „Hingegen bejaht der Senat die Antragsbefugnis des Ast., soweit er die Vornahme eigener Durchsuchungen amerikanischer Beamter über ihre bloße Anwesenheit hinaus behauptet. Solches Verhalten wäre durch die Durchsuchungsvorschriften der Strafprozeßordnung nicht mehr gedeckt, weil es über die bloße Förderung durch innerstaatliche Behörden vorzunehmender Ermittlungsmaßnahmen hinausginge, deren Kontrolle entzogen und als Maßnahme außerhalb staatlicher, den einschränkenden Bestimmungen der Strafprozeßordnung über Voraussetzungen und Art und Weise der Durchführung einer Durchsuchung unterliegender Ermittlungen zu werten wäre; seine Duldung durch inländische Beamte würde den Ast. in seinen Grundrechten aus Art. 2 I, 13 I GG verletzen.“

samte Rechtshilfeverfahren und das Datenschutzrecht unterlaufen. Um dem Verhältnismäßigkeitsgebot gerecht zu werden, hätte Art. 32 CCC festlegen müssen, unter welchen Voraussetzungen die Erhebung personenbezogener Daten aus fremdem (u.a. deutschem) Staatsgebiet zulässig ist.

Auch insoweit ist nicht einmal der Standard der EMRK gewahrt. Es ist bereits ausgeführt worden, dass die Konvention das Verhältnismäßigkeitsgebot garantiert und als Voraussetzungen von Datenerhebungen – insbesondere bei Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis – robuste Sicherungsvorkehrungen verlangt.¹⁵⁵ Das Abkommen gewährleistet diese Sicherungen nicht, obwohl Art. 32 CCC auch solche Staaten zu Grundrechtseingriffen ermächtigt, die nicht an die EMRK gebunden sind.

d) Mangelnde Zweckbindung in Empfängerstaaten

Die Beschränkung der Art. 10, 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG durch das Zustimmungsgesetz ist auch deswegen ungerechtfertigt, weil das ratifizierte Übereinkommen das Zweckbindungsgebot verletzt.

aa) Inhalt des Zweckbindungsgebots

Mit die wichtigste Anforderung an Eingriffe in unser Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist das Gebot „eine[r] enge[n] und konkrete[n] Zweckbindung“.¹⁵⁶ Das Gebot der Zweckbindung ergibt sich rechtlich daraus, dass jede Verwendung von Daten, die aus einem Eingriff in Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG oder das Recht auf informationelle Selbstbestimmung herrühren, einen erneuten Grundrechtseingriff darstellt und somit einer eigenständigen gesetzlichen Rechtfertigung bedarf. Das Zweckbindungsgebot verlangt die gesetzliche Anordnung, dass eine Verwendung erlangter Daten nur zur Erreichung derjenigen Zwecke erfolgen darf, zu deren Erreichung die Daten nach dem Gesetz erhoben werden durften.¹⁵⁷

Die Speicherung, Nutzung oder Übermittlung der Daten zu anderen Zwecken als zum Zweck ihrer Erhebung ist nur aufgrund gesetzlicher Ermächtigung zulässig. In diesem Fall ergeben sich aus dem Gebot der Normenklarheit folgende, weitergehende Anforderungen: „Der Bürger muss aus der gesetzlichen Regelung klar erkennen können, dass seine Daten nicht allein zu [den ursprünglichen] Zwecken verwendet werden, für welche konkreten Zwecke [...] seine personenbezogenen Daten [nach der Zweckänderung] bestimmt und erforderlich sind und dass ihre Verwendung [...] auf diesen Zweck begrenzt bleibt.“¹⁵⁸ Für den Bürger muss vorhersehbar sein, „zu welchem konkreten Zweck welche Behörden die Daten verwenden“¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Seite 33 ff.

¹⁵⁶ BVerfGE 65, 1 (62).

¹⁵⁷ BVerfGE 100, 313 (385 f.); BVerfGE 65, 1 (46).

¹⁵⁸ BVerfGE 65, 1 (62 f.).

¹⁵⁹ BVerfGE 65, 1 (64).

Stellt sich nach einer Datenerhebung heraus, dass die Speicherung der Daten für die nach dem Gesetz den Eingriff rechtfertigenden Zwecke nicht oder nicht mehr erforderlich ist, dann sind die Daten unverzüglich zu vernichten.¹⁶⁰ Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gebietet es allerdings, dem Betroffenen nach seiner Benachrichtigung von dem Eingriff angemessene Zeit zur Einleitung einer Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Eingriffs zu geben.¹⁶¹ Während dieser Zeit ist eine Löschung der Daten unzulässig.¹⁶² Eine Verwendung der Daten zu anderen Zwecken als zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes ist unzulässig, wenn die Daten nur zu diesem Zweck noch gespeichert werden.¹⁶³ Das Gleiche gilt selbstverständlich für die Dauer des Gerichtsverfahrens, wenn der Betroffene tatsächlich Rechtsschutz in Anspruch nimmt.

Evident ist, dass das Zweckbindungsgebot grundsätzlich die Erhebung und Weitergabe von Informationen an Dritte verbietet und Ausnahmen nur im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit zugelassen werden dürfen.¹⁶⁴ Die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze sind insoweit auch dann anzuwenden, wenn der Grundrechtseingriff in einer Auslieferung von Informationen über Personen an das Ausland besteht.

bb) Fehlende Zweckbindung im Übereinkommen

Das angefochtene Vertragsgesetz erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Weder sieht es selbst die gebotene Zweckbindung vor. Noch hat der deutsche Gesetzgeber anlässlich der Zustimmung zu dem Abkommen dafür gesorgt, dass die gebotene Zweckbindung sonst eingehalten wird.

Den Zweck der Art. 25 ff. CCC bestimmt das Übereinkommen zwar in hinreichender Weise. Rechtshilfe soll danach „für Zwecke der Ermittlungen oder Verfahren in Bezug auf Straftaten in Zusammenhang mit Computersystemen und -daten oder für die Erhebung von Beweismaterial in elektronischer Form für eine Straftat“ geleistet werden (Art. 25 CCC).

Das Abkommen sieht aber keine Bindung des ersuchten und des ersuchenden Staats an den Erhebungszweck vor. Es beschränkt die zulässigen Verwendungsmöglichkeiten nicht auf die Erreichung derjenigen Zwecke, derentwegen die Daten nach dem Abkommen erhoben wurden. Die völlig unbestimmte Vorschrift des Art. 15 CCC gewährleistet nicht, dass alle Vertragsparteien eine Zweckbindung vorsehen, zumal sie nur für Maßnahmen nach dem zweiten Abschnitt – also innerstaatliche Maßnahmen – gilt.

¹⁶⁰ BVerfGE 100, 313 (362 und 400).

¹⁶¹ DSB-Konferenz, Konsequenzen aus BVerfGE 100, 313 (I).

¹⁶² BVerfGE 100, 313 (362).

¹⁶³ DSB-Konferenz, Konsequenzen aus BVerfGE 100, 313 (I).

¹⁶⁴ Vgl. Scheller, Ermächtigungsgrundlagen für die internationale Rechts- und Amtshilfe zur Verbrechenbekämpfung (1997), 207 m.w.N.

Eine konkrete und enge Zweckbindung schreiben nicht nur die deutschen Grundrechte vor, sondern auch das europäische Grundrecht auf Achtung des Privatlebens, das insbesondere in Datenschutzregelungen der Europäischen Union näher kodifiziert ist. Das Zweckbindungsgebot ist ein wichtiges Element eines „angemessenen Datenschutzniveaus“ als Voraussetzung einer Übermittlung von Daten in Drittstaaten. Die zuständige Artikel 29-Datenschutzgruppe hat die Merkmale des Art. 25 RiL 95/46/EG zur Prüfung des angemessenen Schutzniveaus dahin konkretisiert, dass der Empfängerstaat unter anderem die folgenden Bedingungen erfüllen muss:¹⁶⁵

- Geltung des Grundsatzes der Beschränkung der Zweckbestimmung
- Geltung des Grundsatzes der Datenqualität und -verhältnismäßigkeit
- Geltung des Grundsatzes der Transparenz
- Geltung des Grundsatzes der Sicherheit
- Gewährleistung der Rechte auf Zugriff, Berichtigung und Widerspruch
- Beschränkungen der Weiterübermittlung an andere Drittländer
- Schutz sensibler Daten
- Schutz vor automatisierten Einzelentscheidungen
- Gute Befolgungsrate in der Praxis
- Unterstützung und Hilfe für einzelne betroffene Personen
- Angemessene Entschädigung

Namentlich die Vereinigten Staaten von Amerika verfehlen ein angemessenes Schutzniveau in vielen Punkten und sind von der Europäischen Gemeinschaft als „sicherer Drittstaat“ deswegen nicht anerkannt. Dasselbe gilt für weitere Parteien des angefochtenen Übereinkommens einschließlich Mitgliedern des Europarats wie Bosnien-Herzegovina, Albanien, Armenien, aber auch Nichtmitgliedern wie Südafrika oder den Philippinen.

Was die Mitglieder des Europarats angeht, ist darauf hinzuweisen, dass dessen Datenschutzkonvention vom 28.01.1981 Abweichungen zulässt „zum Schutz der Sicherheit des Staates, der öffentlichen Sicherheit sowie der Währungsinteressen des Staates oder zur Bekämpfung von Straftaten“ (Art. 9). Die Konvention bietet im vorliegenden Bereich also kein ausreichendes Schutzniveau; sie genügt im Übrigen auch inhaltlich nicht den Anforderungen des Grundgesetzes. Die Mitglieder des Europarats sind außerdem zwar Partei der Europäischen Menschenrechtskonvention, die wichtige Grundrechtssicherungen vorsieht. Unabhängig von der Frage, ob der danach gewährleistete Schutz den Anforderungen des

¹⁶⁵ Gruppe für den Schutz der Rechte von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten: Arbeitsunterlage WP12 vom 24.07.1998, http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/1998/wp12_de.pdf.

Grundgesetzes genügt, besteht aber jedenfalls in der Praxis der Mitgliedsstaaten kein dem Grundgesetz entsprechender Schutz. Es muss daher auch bei Mitgliedern des Europarats einzelfallabhängig geprüft werden, ob gewährleistet ist, dass eine Leistung von Rechtshilfe keine Grundrechtsverletzungen durch Zweckentfremdung oder Vorratsdatenspeicherung nach sich zieht. In außereuropäischen Staaten gilt die Europäische Menschenrechtskonvention von vornherein nicht.

In dem angefochtenen Übereinkommen fehlt eine Regelung, die eine Grundrechtsverletzung durch und aufgrund von Informationsübermittlungen in das Ausland ausschließt. Art. 27 CCC sieht nicht nur ein Recht, sondern eine Pflicht zur größtmöglichen Erledigung von Rechtshilfeersuchen vor. Diese Übermittlungspflicht steht zwar unter dem Vorbehalt von Bedingungen des nationalen Rechts (Art. 27 Abs. 4 CCC). Dieser Vorbehalt gewährleistet aber weder seinem Wortlaut noch der Absicht des Gesetzgebers nach, dass eine Informationsauslieferung nur dann erfolgt, wenn die Wahrung der Grundrechte des Betroffenen im Ausland gesichert ist. Vielmehr heißt es sowohl im „explanatory memorandum“ der Konventionsautoren wie auch in der Denkschrift der Bundesregierung, dass „die Rechtshilfe nur in Ausnahmefällen aus Datenschutzgründen abgelehnt werden kann“ und eine „umfassende, kategorische oder systematische Anwendung von Datenschutzgrundsätzen zur Versagung der Zusammenarbeit [...] ausgeschlossen“ ist.¹⁶⁶ Eine Ablehnung von Ersuchen soll selbst dann nicht zulässig sein, wenn „die ersuchende Vertragspartei andere Mittel als das Verfahren der Löschung einsetzt, um die Privatsphäre oder Richtigkeit von Strafverfolgungsbehörden erhobener personenbezogener Daten zu gewährleisten“.¹⁶⁷ Mit anderen Worten darf die Leistung von Rechtshilfe nicht von einer Pflicht zur oder gar einem subjektiven Anspruch auf Löschung nicht mehr erforderlicher oder falscher Daten im ersuchenden Staat abhängig gemacht werden.

Die Delegationen Deutschlands und der Niederlande hatten bei den Abschlussberatungen des Übereinkommens vorgeschlagen, in Art. 27 Abs. 4 CCC einen Buchst. c aufzunehmen mit dem Wortlaut: „[The requested Party may refuse assistance if...] (c) it considers that the requesting Party is not able to provide an adequate level of protection of personal data in the specific case as stated in the request.“¹⁶⁸ Der Änderungsvorschlag hat sich aber nicht durchsetzen können.¹⁶⁹ Daran zeigt sich deutlich, dass das Übereinkommen die Aufrechterhaltung des gebotenen Grundrechtsstandards nicht erlaubt.

¹⁶⁶ Bundesregierung, BT-Drs. 16/7218, 91.

¹⁶⁷ Erläuternder Bericht, Abs. 269.

¹⁶⁸ Vgl. amtliche Fußnote 9 zu Art. 28 in der 27. Entwurfsfassung.

¹⁶⁹ Vgl. amtliche Fußnote 9 zu Art. 28 in der 27. Entwurfsfassung.

cc) **Fehlende Zweckbindung im innerstaatlichen Recht der anderen Vertragsstaaten**

Die Sicherung der Zweckbindung erübrigt sich auch nicht etwa deswegen, weil alle Vertragsparteien in ihrem innerstaatlichen Recht eine solche Bindung ohnehin vorgesehen hätten. Dies ist etwa in Staaten wie Bosnien, Mazedonien oder den Vereinigten Staaten nicht der Fall. Nach der gegenwärtigen Rechtslage dürfen Informationen aus Deutschland im Ausland keineswegs nur für Zwecke des Strafverfahrens, in dem die Abfrage erfolgte, eingesetzt werden. Sie dürfen nach dem Recht vieler Staaten vielmehr für unbegrenzte Zeit in Massendatenbanken eingestellt und an andere Behörden im Empfängerstaat und in Drittstaaten weiter gestreut werden, wann immer der Empfängerstaat dies für richtig hält. Dies genügt dem Zweckbindungsgebot nicht auch nur annähernd.

Insbesondere die USA sind dafür bekannt, dass Informationen über Nicht-US-Bürger dort keinerlei Datenschutz unterlegen und frei verwendbar sind. Die wenigen vorhandenen Regeln über den Umgang mit Informationen über Ausländer beschränken sich auf geheime Verwaltungsvorschriften, die weder dem Zweckbindungsgebot des Grundgesetzes noch Art. 8 EMRK, der eine gesetzliche Grundlage für Eingriffe fordert, genügt.

Nur vorsorglich für den Fall, dass sich die Bundesregierung auf das geplante Datenabkommen der EU mit den USA berufen sollte, das auszuhandeln sie bereits ein Mandat erteilt hat: Dieses „Abkommen über Informationsaustausch und Datenschutz“ wäre von vornherein nicht zur Gewährleistung der gebotenen Zweckbindung geeignet. Es soll nämlich ausweislich der vorläufigen Einigung der Beteiligten keine Bindung an den Zweck der Datenerhebung vorsehen, sondern soll lediglich nebulös festlegen, die Daten dürften nicht zu einem Zweck weiterverwendet werden, der mit dem Zweck ihrer Erhebung „unvereinbar“ ist.¹⁷⁰ Selbst von diesem Grundsatz sollen in weitem Umfang Ausnahmen zulässig sein, etwa wo es zum Schutz der „nationalen Sicherheit, Verteidigung, öffentlichen Sicherheit, Verhütung, Untersuchung, Ermittlung und Verfolgung von Straftaten“ oder „in einem wichtigen wirtschaftlichen oder finanziellen Interesse“ erforderlich ist. Diese geplante Vereinbarung ist das Papier nicht wert, auf dem sie geschrieben ist. Barry Steinhardt, Direktor der renommierten US-amerikanischen Bürgerrechtsorganisation ACLU, warnte erst neu-lich: „Falls Europa einem Datenaustausch mit den USA [...] zustimmt, werden Europäer einen weitaus geringeren Schutz ihrer Daten in den USA genießen als US-Bürger in Europa. Die US-Datenschutzgesetze sind schwach; sie bieten den eigenen Staatsbürgern wenig Schutz und Nichtamerikanern praktisch überhaupt keinen.“¹⁷¹ Die USA sind auf dem Gebiet des Grundrechtsschutzes ein Entwicklungsland. Ihr Datenschutzniveau entspricht

¹⁷⁰ Gemeinsame EU-US-Datenschutzprinzipien, <http://www.statewatch.org/news/2008/mar/eu-us-dp-principles.pdf>.

¹⁷¹ Steinhardt, Stellungnahme vom 09.08.2008, <http://www.statewatch.org/news/2008/jul/eu-us-aclu-ep-letter.pdf>.

einer Untersuchung der britischen Bürgerrechtsorganisation Privacy International zufolge etwa demjenigen der Philippinen oder Thailands.¹⁷² Von den 47 weltweit untersuchten Staaten schützen nur Singapur, Malaysia, Russland und China personenbezogene Daten schlechter als die USA.¹⁷³

Was die Mitgliedsstaaten des Europarats anbelangt, sieht die Datenschutzkonvention des Europarats ebenfalls keine konkrete Zweckbindung im Bereich Justiz und Inneres vor, sondern eröffnet Ausnahmen für diesen Bereich. Es muss daher auch bei diesen Staaten eine Einzelprüfung stattfinden, ob die gebotene Zweckbindung in dem jeweiligen um Rechtshilfe ersuchenden Staat gewährleistet ist. Das Abkommen vom 23.11.2001 ermöglicht dies nicht und verstößt daher gegen die Grundrechte.

dd) Keine grundrechtsfreundliche Umsetzung

Der Gesetzgeber hat das Zweckbindungsgebot auch dadurch verletzt, dass er nicht einmal die wenigen Spielräume des Abkommens genutzt hat, um eine Zweckbindung möglichst zu gewährleisten.

Soweit Art. 25 Abs. 4 i.V.m. Art. 27 Abs. 4 CCC vorsieht, dass das nationale Recht „Bedingungen“ für die Leistung von Rechtshilfe vorsehen darf, hat der deutsche Gesetzgeber hiervon nicht im Sinne des Zweckbindungsgebots Gebrauch gemacht. Er hat nicht im deutschen Recht vorgesehen, dass die deutschen Rechtshilfestellen zur Bedingung jeder Rechtshilfeleistung machen müssen, dass ausgelieferte Informationen vom Empfänger nur in den im Ersuchen genannten Ermittlungen oder Verfahren verwendet werden dürfen, und dass sie danach vernichtet werden.¹⁷⁴

Der Gesetzgeber hat auch versäumt, von der Möglichkeit des Art. 28 Abs. 2b CCC Gebrauch zu machen und den deutschen Rechtshilfestellen vorzuschreiben, dass die Auslieferung personenbezogener Informationen in Erfüllung ausländischer Ersuchen nur unter der Bedingung zulässig ist, dass sich der Empfängerstaat verpflichtet, die Informationen nicht für andere als die in dem Ersuchen genannten Ermittlungen oder Verfahren zu verwenden, und dass sie danach vernichtet werden. Der Gesetzgeber hat ferner versäumt, von der Möglichkeit des Art. 28 Abs. 4 CCC Gebrauch zu machen und den deutschen Rechtshilfestellen vorzuschreiben, dass sie in den Fristen des § 101 StPO bei dem Empfänger nachfragen müssen, ob das Strafverfahren abgeschlossen ist und ob die übermittelten Informationen inzwischen vernichtet worden sind. Nur auf diese Weise kann die

¹⁷² Privacy International, Leading surveillance societies in the EU and the World 2007, 28.12.2007, <http://www.privacyinternational.org/article.shtml?cmd%5B347%5D=x-347-559597>.

¹⁷³ Privacy International, Leading surveillance societies in the EU and the World 2007, 28.12.2007, <http://www.privacyinternational.org/article.shtml?cmd%5B347%5D=x-347-559597>.

¹⁷⁴ Ebenso Schuster, NStZ 2006, 660 zum EU-RhÜbk; Scheller, Ermächtigungsgrundlagen für die internationale Rechts- und Amtshilfe zur Verbrechensbekämpfung (1997), 225.

Bundesrepublik auch ihrer Benachrichtigungspflicht gegenüber den von Eingriffen in Art. 10 GG Betroffenen nachkommen.

Dass der Gesetzgeber die Möglichkeit hat, eine Zweckbindung im Wege von Bedingungen zu fordern, zeigt § 61a Abs. 2 IRG. Diese Bestimmung gilt aber erstens nur für Spontanübermittlungen. Zweitens hat der Gesetzgeber vor dem Hintergrund des § 1 Abs. 3 IRG nicht hinreichend klar bestimmt, dass § 61a Abs. 2 IRG auch auf Übermittlungen nach Art. 26 CCC Anwendung finden soll.

Der Gesetzgeber genügt dem Zweckbindungsgebot jedenfalls nicht schon dadurch, dass die deutsche Rechtshilfebehörde bei Übermittlungen auf Ersuchen nach ihrem Ermessen eine Zweckbindung zur Bedingung machen kann (Art. 28 Abs. 2 CCC). Es genügt dem Fernmeldegeheimnis und dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nicht, dass der fundamentale Zweckbindungsgrundsatz zur Disposition der Rechtshilfebehörde gestellt wird. Auch eine grundrechtskonforme Ermessensreduktion wird den Grundrechten nicht gerecht. Einer verfassungskonformen, einschränkenden Auslegung einer zu weiten oder fehlenden Zweckbestimmung steht regelmäßig das Gebot der Normenklarheit entgegen,¹⁷⁵ so auch hier. Es obliegt dem grundrechtsbeschränkenden Gesetzgeber, durch normenklare Regelungen dafür zu sorgen, dass der gebotene Grundrechtsschutz von den Rechtshilfebehörden gewährleistet wird.

ee) Verletzung trotz grundrechtsfreundlicher Umsetzung

Selbst wenn der Gesetzgeber dafür sorgen würde, dass die Zweckbindung stets zur Bedingung für die Erledigung von Rechtshilfeersuchen gemacht wird, würde das Abkommen die Zweckbindung gleichwohl nicht hinreichend gewährleisten. Denn die Einhaltung einer völkerrechtlich zugesicherten Zweckbindung im Ausland ist in keiner Weise kontrollierbar. Der Gesetzgeber hat nicht sicher gestellt, dass die Auslieferung von Informationen nur an Staaten erfolgt, die völkerrechtlich oder durch ihr innerstaatliches Recht zur Wahrung der Zweckbindung verpflichtet sind und in denen die Einhaltung dieser Verpflichtung auch objektiv-rechtlich durch unabhängige Kontrollstellen und subjektiv-rechtlich durch effektiven Rechtsschutz des betroffenen Grundrechtsträgers gesichert ist.

Der Gesetzgeber hat nicht nur versäumt, eine Überprüfung dieser Voraussetzungen im Recht des ersuchenden Staates durch die deutschen Rechtshilfebehörden anzuordnen. Er hat sich mit dem Zustimmungsgesetz der Möglichkeit begeben, eine solche Prüfung auch nur vorsehen zu dürfen. Denn das Abkommen ermöglicht es nicht, die wirksame Sicherung der Zweckbindung durchgehend zur Voraussetzung von Rechtshilfe zu machen, wie bereits ausgeführt worden ist.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Vgl. BVerfGE 65, 1 (66); BVerfGE 109, 279 (330).

¹⁷⁶ Seite 50 ff.

Daneben sieht auch Art. 32 CCC keinerlei Zweckbindung vor, ohne dass sich dies durch eine grundrechtsfreundliche Umsetzung beheben ließe. Nach Art. 32 CCC aus dem deutschen Staatsgebiet erhobene Informationen können in den übrigen Vertragsstaaten frei weiterverwendet, weitergegeben, veröffentlicht und beliebig lange auf Vorrat gespeichert werden, ohne dass dies unter dem Abkommen auszuschließen wäre.

ff) Keine Rechtfertigung durch Mittelbarkeit des Grundrechtseingriffs

Die Besonderheiten des vorliegenden Falls rechtfertigen es nicht, dass das Zustimmungsgesetz die Zweckbindung zur Disposition der Rechtshilfebehörden stellt, ihre Einhaltung nicht sicher stellt und im Fall des Art. 32 CCC gänzlich auf eine Zweckbindung verzichtet.

Die legitimen Ziele des Abkommens rechtfertigen Einschränkungen der grundrechtlich geforderten Zweckbindung nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit. Diese Grenze ist hier nicht gewahrt. Das Zustimmungsgesetz schränkt die Zweckbindung unverhältnismäßig weit ein, weil es sie letztlich im Hinblick auf ausländische Ermittlungsverfahren gänzlich aufgibt.

Eine so weit reichende Aufgabe der Zweckbindung lässt sich nicht mit dem Argument rechtfertigen, dass die Verwendung personenbezogener Daten im Ausland in Rede steht. Dieser Umstand rechtfertigt keine Durchbrechung des Zweckbindungsgebots in dem genannten Maße.

(1) Volle Grundrechtsgeltung; keine allgemeine „Beschränkung des verfassungsrechtlichen Maßstabs“

Die von Deutschland ermöglichte Verwendung von Informationen im Ausland muss sich an dem Zweckbindungsgebot messen lassen. Es ist kein von vornherein minderer verfassungsrechtlicher Maßstab anzulegen.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Geltung von „Mindestanforderungen für die Gewährung von Rechtshilfe durch die Bundesrepublik Deutschland“ ausdrücklich anerkannt.¹⁷⁷ Die Gewährung von Rechtshilfe ist nur zulässig, wenn das anwendbare materielle ausländische Recht nicht der verfassungsrechtlichen öffentlichen Ordnung (ordre public) der Bundesrepublik Deutschland zuwiderläuft und wenn das ausländische Verfahrensrecht einem rechtsstaatlichen Mindeststandard an Verfahrensgerechtigkeit genügt.¹⁷⁸ Diesen Ausführungen ist mit der Maßgabe zuzustimmen, dass die Wahrung der Grundrechte als Mindeststandard der deutschen Ordnung anzusehen ist. Die deutsche verfassungsrechtliche Ordnung verlangt, dass der Grundrechtsstandard des Kooperationspartners „nach In-

¹⁷⁷ BVerfGE 63, 343 (366).

¹⁷⁸ BVerfGE 63, 343 (366).

halt und Wirksamkeit dem Grundrechtsschutz, wie er nach dem Grundgesetz unabdingbar ist, im wesentlichen gleichkommt.“¹⁷⁹

Für einen Auslieferungsfall hat das Bundesverfassungsgericht bekräftigt, dass die Grundrechte einer Auslieferung entgegen stehen, wenn im Ausland die „unabdingbaren Grundsätze der verfassungsrechtlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland“ nicht gewährleistet sind.¹⁸⁰ Wenn die Gewährleistung der „unabdingbaren Grundsätze“ des Grundgesetzes gefordert wird, so bedeutet dies für den Rechtshilfeverkehr, dass die Grundrechte im ersuchenden Staat mindestens soweit gewahrt sein müssen, wie sie der deutsche Gesetzgeber nicht zulässigerweise einschränken dürfte.

Das Bundesverfassungsgericht hat weiter für Auslieferungen entschieden, dass die Wahrung der Grundrechte sogar in anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union nicht schematisch unterstellt werden darf,¹⁸¹ weil normative Standards nicht notwendig auch materielle rechtsstaatliche Strukturen mit sich bringen.¹⁸² Vielmehr erfordert das Grundgesetz vor einem Grundrechtseingriff „die konkrete Prüfung in jedem Einzelfall, ob die entsprechenden Rechte des Verfolgten gewahrt sind.“¹⁸³ In jedem Fall scheidet eine internationale Zusammenarbeit aus, „wenn in dem ersuchenden Staat eine ständige Praxis grober, offenkundiger oder massenhafter Verletzungen der Menschenrechte herrscht“.¹⁸⁴ Der Gesetzgeber muss im Wege eines „gesetzlichen Prüfungsprogramms“ sicher stellen, dass die gebotene Prüfung auch tatsächlich erfolgt.¹⁸⁵ Er muss die Entscheidung durch eine verständliche Regelung hinreichend vorherbestimmen.¹⁸⁶ Wenn diese Grundsätze schon für die Rechtshilfe innerhalb der Europäischen Union gelten,¹⁸⁷ so müssen sie erst Recht für die grundrechtseingreifende Zusammenarbeit mit Staaten außerhalb der Europäischen Union oder gar außerhalb des Geltungsbereichs der Europäischen Menschenrechtskonvention gelten.

In einer neueren Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen, Maßstab der verfassungsrechtlichen Prüfung im Auslieferungsverfahren seien nicht die Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte des Grundgesetzes in der Ausprägung, wie sie auf rein innerstaatliche Sachverhalte Anwendung fänden.¹⁸⁸ Dieser Aussage kann zugestimmt

¹⁷⁹ BVerfGE 73, 339 (376).

¹⁸⁰ BVerfGE 75, 1 (16).

¹⁸¹ Vgl. BVerfGE 113, 273 (304), Abs. 88.

¹⁸² Vgl. BVerfGE 113, 273 (316), Abs. 118.

¹⁸³ Vgl. BVerfGE 113, 273 (304), Abs. 88.

¹⁸⁴ BVerfG, NVwZ 2003, 1500.

¹⁸⁵ Vgl. BVerfGE 113, 273 (304), Abs. 88.

¹⁸⁶ Vgl. BVerfGE 113, 273 (316), Abs. 88.

¹⁸⁷ Schuster, NSiZ 2006, 660.

¹⁸⁸ BVerfG, NVwZ 2008, 71.

werden, wenn man berücksichtigt, dass es innerhalb Deutschlands keine „Auslieferungen“ in diesem Sinne gibt. Im Vergleich zur Übergabe einer Person an eine deutsche Behörde bestehen im Fall der Auslieferung tatsächlich erhebliche Unterschiede, die eine andere Würdigung erforderlich machen können. Es ist jedoch stets zu prüfen, ob und inwieweit die Besonderheiten des Sachverhalts Abweichungen von den innerdeutschen Maßstäben rechtfertigen.¹⁸⁹

Wieweit dies der Fall ist, läßt sich nicht allgemein bestimmen. Vielmehr ist jeweils durch Auslegung der entsprechenden Verfassungsnorm festzustellen, ob sie nach Wortlaut, Sinn und Zweck für jede denkbare Anwendung hoheitlicher Gewalt innerhalb der Bundesrepublik gelten will oder ob sie bei Sachverhalten mit mehr oder weniger intensiver Auslandsbeziehung eine Differenzierung zuläßt oder verlangt [...]

Von einer allgemeinen „Beschränkung des verfassungsrechtlichen Maßstabs“¹⁹⁰ in Fällen mit Auslandsberührung kann daher nicht gesprochen werden.¹⁹¹ Eine solche Beschränkung ist im Grundgesetz nicht vorgesehen.¹⁹² Vielmehr ist die Auslandsberührung im Rahmen der Grundrechtsanwendung einzelfallbezogen unter dem Gesichtspunkt der einschlägigen Gemeinwohlbelange zu würdigen.¹⁹³ In jedem Fall müssen die Grundrechte dabei insoweit gewahrt bleiben, wie sie der Gesetzgeber unter keinen Umständen einschränken darf, etwa weil das maßgebliche Grundrecht nach dem Grundgesetz nicht einschränkbar ist, weil sein Wesensgehalt verletzt würde oder weil die Einschränkung rechtsstaatlichen Grundsätzen widersprechen würde.¹⁹⁴ Im Übrigen kann eine Einzelfallabwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgebots stattfinden. Dieses lässt genügend Spielraum, um den besonderen Umständen der wesentlich auch durch ausländische Staatsgewalt letztverursachten Belastungen gerecht zu werden.¹⁹⁵ Eine allgemeine Rücknahme der Grundrechtsgeltung ist nicht erforderlich, um sachgerechte Ergebnisse zu erzielen.

¹⁸⁹ Vgl. BVerfGE 31, 58 (76 f.).

¹⁹⁰ So BVerfG, NVwZ 2008, 71.

¹⁹¹ Lagodny, NJW 1990, 2189; Scheller, Ermächtigungsgrundlagen für die internationale Rechts- und Amtshilfe zur Verbrechensbekämpfung (1997), 168 und 170.

¹⁹² Gärditz in Wolter/Schenke/Rieß/Zöller, Datenübermittlungen und Vorermittlungen (2003), 104.

¹⁹³ Scheller, Ermächtigungsgrundlagen für die internationale Rechts- und Amtshilfe zur Verbrechensbekämpfung (1997), 170; Gärditz in Wolter/Schenke/Rieß/Zöller, Datenübermittlungen und Vorermittlungen (2003), 104.

¹⁹⁴ Nachweise auf entsprechende Rechtsprechung bei Ziegenhahn, Schutz der Menschenrechte (2002), 369 f.

¹⁹⁵ Gärditz in Wolter/Schenke/Rieß/Zöller, Datenübermittlungen und Vorermittlungen (2003), 104.

Die Anwendung eines von vornherein beschränkten verfassungsrechtlichen Maßstabs würde einseitig den im Grundgesetz angelegten Kooperationswillen betonen.¹⁹⁶ Das Streben nach einer harmonischen internationalen Ordnung und Zusammenarbeit darf aber nicht das im Grundgesetz ebenfalls angelegte Element der Konfliktbereitschaft in den Hintergrund treten lassen.¹⁹⁷ Die Freiheitsgarantien der Grundrechte sind auch in der Auseinandersetzung mit außenpolitischen und zwischenstaatlichen Interessen zu behaupten.¹⁹⁸ Nur, wenn man die daraus resultierenden Wertekonflikte akzeptiert, ermöglicht man auch einen Wettbewerb zwischen den Völkern um den besten Weg zur Gestaltung der menschlichen Gemeinschaft, zur Sicherung des Friedens und der Gerechtigkeit (vgl. Art. 1 Abs. 2 GG). Bluntschli führte schon 1872 aus: „Würde man [...] die Zusammengehörigkeit der Staaten und die Einheit des Menschengeschlechts rücksichtslos durchführen, so würde dadurch die Selbständigkeit der einzelnen Staaten gebrochen, ihre Eigenart und ihre Freiheit gefährdet“.¹⁹⁹

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) hat inzwischen ausdrücklich die Meinung abgelehnt, die Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen sei nur an den zwingenden Erfordernissen des Völkerrechts zu messen. Er nimmt vielmehr „eine grundsätzlich umfassende Prüfung im Hinblick auf die zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts gehörenden Grundrechte“ vor.²⁰⁰ Auch die Verfassungsgerichte anderer europäischer Staaten wenden ihre Grundrechte auf völkerrechtliche Verträge und deren Folgen vollumfänglich an.²⁰¹

Es würde der Funktion und dem Ansehen des Bundesverfassungsgerichts nicht gerecht, wenn es als einziges Gericht in Fällen mit Auslandsbezug eine von vornherein mindere Grundrechtsgeltung annähme, während andere Gerichte – EGMR,²⁰² EuGH,²⁰³ BGH,²⁰⁴ OLG²⁰⁵ – die Grundrechte vollumfänglich anwenden. Als Hüter der Verfassung ist es Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, als Vorreiter die Geltung und Entwicklung der Grundrechte zu sichern und voranzubringen.

¹⁹⁶ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 244.

¹⁹⁷ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 244 und 255.

¹⁹⁸ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 244.

¹⁹⁹ Bluntschli, Das moderne Völkerrecht (1872), 20.

²⁰⁰ EuGH, NJOZ 2008, 4499 (4541) – Kadi, Abs. 330.

²⁰¹ Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Einl., Rn. 161 ff. m.w.N.

²⁰² Nachweise sogleich unten.

²⁰³ EuGH, NJOZ 2008, 4499 (4541) – Kadi, Abs. 330.

²⁰⁴ Lagodny in Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 73, Rn. 11 m.w.N.

²⁰⁵ Ziegenhahn, Schutz der Menschenrechte (2002), 294 f. m.w.N.; Lagodny in Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 73, Rn. 12 m.w.N.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass wegen der zunehmenden internationalen Zusammenarbeit immer mehr Grundrechtseingriffe durch völkerrechtliche Verträge vorgegeben werden. Die Grundrechte des Grundgesetzes verlören mit der Zeit immer weiter an Bedeutung, wollte man sie im Bereich des Zusammenwirkens mit ausländischen Mächten von vornherein nur als „Rumpfrechte“ minderer Schutzwirkung anwenden.

Internationale Vereinbarungen reichen heutzutage sehr viel weiter und berühren das Leben der Bürgerinnen und Bürger sehr viel intensiver als früher.²⁰⁶ Mit diesem Bedeutungszuwachs muss auch ein Zuwachs an verfassungsrechtlicher Kontrolle solcher Vereinbarungen einher gehen.²⁰⁷ Nähert sich die Bedeutung internationaler Vereinbarungen immer mehr der Bedeutung nationaler Gesetzgebung an, so muss für internationale Vereinbarungen auch derselbe Prüfungsmaßstab gelten wie für nationale Gesetze. Insofern muss die frühere Rechtsprechung des Hohen Gerichts an den heutigen Bedingungen gemessen und überprüft werden.²⁰⁸

Die Grundrechte des Grundgesetzes lassen sich nicht unbegrenzt aktuellen Entwicklungen wie der zunehmenden Internationalisierung anpassen, wollen sie nicht ihre Maßstabsfunktion für jede politische Gestaltung verlieren und damit ihre Idee widerlegen.²⁰⁹ Vielmehr wird sich die freiheitliche Ordnung des Grundgesetzes gegenüber der zunehmenden Internationalisierung nur bewahren lassen, wenn sie Konfliktsituationen annimmt und um ihre verfassungskonforme Lösung streitet.²¹⁰ Das völkerrechtliche Gewaltverbot ermöglicht einen solchen „Kampf ums Verfassungsrecht“ durchaus, wenn die Ordnung des Grundgesetzes dazu bereit ist.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat eine Verantwortlichkeit der grundrechtsgebundenen Staatsgewalt für ausländische Folgemaßnahmen bereits anerkannt und diese Folgemaßnahmen vollumfänglich an den Grundrechten gemessen. Weil Russland Transnistrien maßgeblich unterstützte, hat der Gerichtshof Russland für die gesamte weitere Behandlung von Personen, die russische Soldaten an Transnistrien übergeben hatte, für verantwortlich gehalten, und zwar über Jahre hinweg, obwohl Russland ab der Übergabe keine Kontrolle über die Behandlung mehr hatte.²¹¹ Der Gerichtshof hat dies damit begründet, dass Russland die Betroffenen wissentlich an ein „illegales und verfassungswidriges Regime“ übergeben habe. Dem liegt offenbar der Gedanke zugrunde, ein solches Regime lasse von vornherein Verletzungen der Konventionsrechte befürchten. Der Entscheidung lässt sich daher der Grundsatz entnehmen, dass die Grundrechte der EMRK die Zu-

²⁰⁶ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 288 f.

²⁰⁷ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 289.

²⁰⁸ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 288.

²⁰⁹ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 243.

²¹⁰ Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (2007), 254.

²¹¹ EGMR, Ilascu u.a. gegen Moldawien und Russland (Az. 48787/99), Urteil vom 08.07.2004, Abs. 382 ff.

sammenarbeit mit einem Staat verbieten, der von vornherein Verletzungen der Konventionsrechte befürchten lässt. Der Gerichtshof hat eine Verletzung der Grundrechte der Betroffenen in Transnistrien anhand aller Grundrechte geprüft und auch inhaltlich keine „Beschränkung des verfassungsrechtlichen Maßstabs“ angewandt.

Einschränkungen der umfassenden Grundrechtsbindung des Gesetzgebers sieht auch das Grundgesetz nur in Art. 23 GG vor, wonach der Gesetzgeber bei der Entwicklung der Europäischen Union mitwirken darf, auch wenn diese nur „einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren“ Grundrechtsschutz gewährleistet. Diese Bestimmung ist vorliegend nicht einschlägig. Das angefochtene Übereinkommen ist vielmehr ein „klassischer“ völkerrechtlicher Vertrag.

Über die Europäische Gemeinschaft hinaus hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte allgemein von der Übertragung von Hoheitsrechten auf eine internationale Organisation gesprochen.²¹² Diese Gleichstellung rechtfertigt hier jedoch im Ergebnis keine Orientierung an den Maßstäben des Art. 23 GG:

Zwar kann man den Fall, dass sich ein Staat im Wege der Auslieferung von Informationen an das Ausland bewusst der Kontrolle über die Einhaltung der Grundrechte begibt, mit der Übertragung von Kompetenzen auf eine internationale Organisation wohl gleich setzen. Der Gerichtshof hat aber ausdrücklich betont, die Übertragung von Hoheitsrechten sei nur zulässig, wenn „die Konventionsrechte weiterhin ‚gewährleistet‘ werden“.²¹³ Der Staat bleibe für die Gewährleistung der Grundrechte auch nach der Übertragung verantwortlich.²¹⁴ Demgegenüber hatte die Europäische Kommission für Menschenrechte die Verantwortung der Konventionsstaaten für EG-Akte noch verneint mit dem Argument, Hoheitsrechtsübertragungen würden unmöglich, wenn der Mitgliedstaat in jedem Fall überprüfen müsse, ob die EG sich an die Konvention halte. Diesem Argument der „außenpolitischen Handlungsfähigkeit“ und „Völkerrechtsfreundlichkeit“ hat der Gerichtshof zu Recht eine Absage erteilt und den Grundrechten den Vorrang eingeräumt.

Für den vorliegenden Fall ist dieser Rechtsprechung zu entnehmen, dass Deutschland für die Wahrung der Grundrechte auch dann verantwortlich bleibt, wenn es sich der Kontrolle über ihre Einhaltung im Wege der Zusammenarbeit mit dem Ausland begibt. Die Grundrechte gelten danach auch für Handlungen der internationalen Organisation oder – wie hier – der ausländischen Kooperationspartner Deutschlands.

In einem weiteren vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entschiedenen Fall hatte Großbritannien 1976 einem völkerrechtlichen Vertrag zugestimmt, demzufolge Wahlen zum Europäischen Parlament nur im Vereinigten Königreich stattfinden sollten, nicht

²¹² EGMR, EuZW 1999, 308 – Gibraltar, Abs. 32.

²¹³ EGMR, EuZW 1999, 308 – Gibraltar, Abs. 32.

²¹⁴ EGMR, EuZW 1999, 308 – Gibraltar, Abs. 32.

aber in dem vom Königreich abhängigen Gibraltar, obwohl EG-Recht dort ebenfalls galt. Der Gerichtshof stellte eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 3 des Ersten Protokolls zur EMRK fest. Zur Begründung führte er aus, der Vertrag von 1976 über die Wahlen zum Europäischen Parlament „stellte einen internationalen Rechtsakt dar, der freiwillig vom Vereinigten Königreich eingegangen wurde“.²¹⁵ Da Rechtsakte der EG für die Bevölkerung von Gibraltar ebenso gelten wie Gesetze ihrer eigenen Versammlung, gebe es keinen Grund, warum das Vereinigte Königreich nicht verpflichtet sein solle, den Menschen in Gibraltar das in der Konvention garantierte Wahlrecht „zu gewährleisten“ (Art. 1 EMRK).²¹⁶ Das Argument Großbritanniens, es habe keine effektive Kontrolle über den monierten Zustand mehr, hielt der Gerichtshof für unerheblich, weil Großbritannien die maßgeblichen Verträge freiwillig eingegangen sei.²¹⁷

Auf den vorliegenden Vertrag angewandt, bedeutet dies folgendes: Wenn schon die Mitwirkung an einer internationalen Organisation keine Abweichung von den Grundrechten rechtfertigt, so gilt dies erst Recht für die Mitwirkung an einem internationalen Rechtshilfesystem. Selbst wenn Deutschland in diesem Rechtshilfesystem keine Kontrolle über die Einhaltung der Grundrechte im Ausland mehr hat, ist es dennoch verantwortlich für Grundrechtsverletzungen, die in seiner freiwilligen Zustimmung zu dem zugrunde liegenden Abkommen begründet sind. Grundrechtswidrig ist dann bereits die Zustimmung zu dem Abkommen.

In der späteren Entscheidung *Bosphorus*²¹⁸ hat der Gerichtshof diese Rechtsprechung nur für einen Teilbereich eingeschränkt, nicht aber aufgegeben. In dieser Entscheidung hat der Gerichtshof die steigende Bedeutung internationaler Zusammenarbeit anerkannt und die daraus folgende Notwendigkeit, die reibungslose Arbeit internationaler Organisationen sicherzustellen.²¹⁹ Er hat daher festgestellt, dass es ein legitimes Ziel staatlicher Grundrechtseingriffe darstelle, Verpflichtungen einzuhalten, die sich aus einer Mitgliedschaft in einer internationalen Organisation ergeben, welcher der eingreifende Staat einen Teil seiner Hoheitsbefugnisse übertragen hat.²²⁰

Indes könnten Grundrechtseingriffe in Erfüllung solcher Verpflichtungen nur „solange gerechtfertigt [sein], wie die jeweilige Organisation die Grundrechte schützt - und zwar sowohl durch materielle Regeln als auch durch ein Verfahren zur Kontrolle ihrer Einhaltung - und das in einer Art, die wenigstens als gleichwertig zu dem von der Konvention gewähr-

²¹⁵ EGMR, EuZW 1999, 308 – Gibraltar, Abs. 33.

²¹⁶ EGMR, EuZW 1999, 308 – Gibraltar, Abs. 34.

²¹⁷ EGMR, EuZW 1999, 308 – Gibraltar, Abs. 34.

²¹⁸ EGMR, NJW 2006, 197 – Bosphorus.

²¹⁹ EGMR, NJW 2006, 197 – Bosphorus, Abs. 150.

²²⁰ EGMR, NJW 2006, 197 – Bosphorus, Abs. 150 und 154.

ten Schutz anzusehen ist“.²²¹ Unter diesen Voraussetzungen hat auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine – widerlegliche – Vermutung anerkannt, „dass sich ein Staat den Anforderungen der Konvention nicht entzogen hat, wenn er lediglich den rechtlichen Verpflichtungen nachkommt, die sich für ihn aus seiner Mitgliedschaft in der Organisation ergeben.“²²² „Diese Vermutung kann jedoch widerlegt werden, wenn in einem bestimmten Fall anzunehmen ist, dass der Schutz von Konventionsrechten offensichtlich unzureichend ist. Dann müsste das Interesse an internationaler Zusammenarbeit wegen der Rolle der Konvention als ein ‚Verfassungsinstrument des europäischen ordre public‘ im Bereich der Menschenrechte [...] zurückstehen.“²²³

Auch das Bundesverfassungsgericht hat die Grundrechtsbindung für Handlungen der Europäischen Union nur zurückgenommen, wenn auf andere Weise eine Grundrechtsgeltung gewährleistet ist, „die nach Inhalt und Wirksamkeit dem Grundrechtsschutz, wie er nach dem Grundgesetz unabdingbar ist, im wesentlichen gleichkommt.“²²⁴

Diese Rechtsprechung lässt sich auf den vorliegenden Fall übertragen. Als Mitglied der Europäischen Union hat es Deutschland dieser ermöglicht, in Grundrechte einzugreifen, ohne dass Deutschland darüber noch Kontrolle hat. Auch mit dem Beitritt zu dem Abkommen vom 23.11.2001 ermöglicht es Deutschland den anderen Vertragsparteien, durch zwingende Rechtshilfeersuchen in Grundrechte einzugreifen, ohne dass Deutschland darüber noch Kontrolle hat, weil es zur Ablehnung von Ersuchen nicht berechtigt ist. Das Gleiche gilt für unmittelbare Maßnahmen der anderen Vertragsparteien nach Art. 32 CCC.

Der für die Zusammenarbeit mit der Europäischen Union entwickelte Rechtfertigungsmaßstab lässt sich mithin auf die Zusammenarbeit mit ausländischen Staaten übertragen, die ebenfalls nicht an das Grundgesetz gebunden sind. Danach kann vermutet werden, dass die Grundrechte des Grundgesetzes in ausländischen Staaten gewahrt sind, wenn die eigene Rechtsordnung der ausländischen Macht eine Grundrechtsgeltung gewährleistet, „die nach Inhalt und Wirksamkeit dem Grundrechtsschutz, wie er nach dem Grundgesetz unabdingbar ist, im wesentlichen gleichkommt.“²²⁵ Deutschland darf solchen Mächten Grundrechtseingriffe ermöglichen und an Eingriffen dieser Staaten mitwirken, wenn die Vermutung der Grundrechtswahrung nicht im Einzelfall erschüttert ist.

Anderen Staaten darf Deutschland Grundrechtseingriffe demgegenüber nur ermöglichen und an Eingriffen dieser Staaten mitwirken, wenn die „Achtung“ der Grundrechte (vgl. Art.

²²¹ EGMR, NJW 2006, 197 – Bosphorus, Abs. 155.

²²² EGMR, NJW 2006, 197 – Bosphorus, Abs. 156.

²²³ EGMR, NJW 2006, 197 – Bosphorus, Abs. 156.

²²⁴ BVerfGE 73, 339 (376); ebenso für andere internationale Organisationen BVerfG, 2 BvR 2368/99 vom 4.4.2001, Absatz-Nr. (1 - 23), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20010404_2bvr236899.html.

²²⁵ Vgl. Scheller, Ermächtigungsgrundlagen für die internationale Rechts- und Amtshilfe zur Verbrechenbekämpfung (1997), 171 und 174: „qualitativ vergleichbarer Grundrechtsstandard“.

1 GG) dort anderweitig „gesichert“ ist (vgl. Art. 1 EMRK).²²⁶ Dies gilt für alle Folgemaßnahmen dieser Staaten, die Deutschland wegen seiner Mitwirkung zuzurechnen sind.²²⁷ All diese Folgemaßnahmen müssen die Grundrechte der Betroffenen wahren. Deutschland ist dafür verantwortlich, dass bei Folgemaßnahmen seiner Kooperationspartner die Grundrechte des Grundgesetzes „beachtet“ werden. Ist dies nicht gewährleistet und besteht umgekehrt das „echte Risiko“, dass die deutsche Handlung eine Grundrechtsverletzung durch den ausländischen Kooperationspartner nach sich ziehen könnte, muss Deutschland von der Zusammenarbeit absehen. Erst Recht gilt dies natürlich, wenn aufgrund der Rechtsordnung des ausländischen Kooperationspartners sogar sicher ist, dass es zu einer Grundrechtsverletzung kommt, weil dessen Rechtsordnung Mindestanforderungen der Grundrechte wie dem Zweckbindungsgebot nicht entspricht.

Die Meinung, Deutschland zuzurechnende Folgemaßnahmen ausländischer Staaten seien nicht an allen Grundrechten zu messen oder die Grundrechte seien inhaltlich nur eingeschränkt anzuwenden, ist danach abzulehnen.²²⁸ Mit Ziel und Zweck der Grundrechte wäre es unvereinbar, den Staat in den von einer internationalen Zusammenarbeit betroffenen Bereichen aus seiner Verantwortung zu entlassen. Die Garantien des Grundgesetzes könnten in weitem Umfang begrenzt oder ausgeschlossen werden, was ihren zwingenden Charakter beseitigen und ihre praktische Bedeutung und Wirksamkeit untergraben würde.²²⁹ Es wäre mit den den Grundrechten zugrundeliegenden Werten unvereinbar, wenn Deutschland wissentlich Informationen an eine ausländische Macht ausliefert, obwohl es begründete Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Betroffene dadurch Gefahr läuft, in seinen Grundrechten verletzt zu werden, gleichgültig welchen schrecklichen Verbrechens er beschuldigt wird.²³⁰ Rechtshilfe zu leisten, steht unter solchen Umständen schlicht im Gegensatz zu Sinn und Zweck der Grundrechte.²³¹ Die Grundrechte stellen eine objektive Wertordnung und verfassungsrechtliche Grundentscheidung dar,²³² welche zu achten und zu schützen Verpflichtung aller staatlichen Gewalt ist (vgl. Art. 1 GG). Bilden die unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte die Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt (Art. 1 Abs. 2 GG), so müssen sie die deutsche Staatsgewalt auch bei der Zusammenarbeit mit fremden Staaten binden. Die

²²⁶ BGH, NStZ 1999, 634; ebenso schon OLG Düsseldorf, NJW 1994, 1485.

²²⁷ Näher Seite 12 ff.

²²⁸ Lagodny, NJW 1990, 2189; Gärditz in Wolter/Schenke/Rieß/Zöller, Datenübermittlungen und Vorermittlungen (2003), 104.

²²⁹ Vgl. EGMR, NJW 2006, 197 – Bosphorus, Abs. 154.

²³⁰ Vgl. EGMR, NJW 1990, 2180 – Soering.

²³¹ Vgl. EGMR, NJW 1990, 2180 – Soering.

²³² BVerfGE 7, 198 (205).

grundlegende Bedeutung der Menschenrechte für unser Gemeinwesen erlaubt eine Mitwirkung an Grundrechtsverletzungen Dritter nicht.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat zwar anerkannt, dass es Auswirkungen auf den Menschenrechtsschutz haben kann, wenn Staaten in bestimmten Aufgabenbereichen zusammenarbeiten. Es sei jedoch unvereinbar mit den Zielen und Aufgaben der Grundrechte, wenn der verpflichtete Staat sodann in diesem Aufgabenbereich aus seiner Verantwortung aus den Grundrechten entlassen wäre. Für die Beurteilung etwa, ob einer internationalen Organisation Immunität von der staatlichen Gerichtsbarkeit gewährt werden darf, kommt es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs wesentlich darauf an, ob angemessene andere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um die durch die Konvention garantierten Rechte zu schützen.²³³ Solche angemessenen Möglichkeiten hat der Gerichtshof in einem Fall gesehen, in dem „andere Rechtsschutzmöglichkeiten“ zur Verfügung standen und die Grundrechtsbeschränkung weder den „Wesensgehalt“ angetastet hat noch „unverhältnismäßig“ war.²³⁴ Der Gerichtshof wendet mithin auch in dieser Fallkonstellation den vollen Grundrechtsstandard an. Die vom Gerichtshof behandelte Frage der Immunität von der staatlichen Gerichtsbarkeit lässt sich dem Fall vergleichen, dass mit einem ausländischen Staat zusammengearbeitet wird, in dessen Rechtsordnung die Grundrechte aus anderem Grund nicht durchsetzbar sind, weil sie dort nicht gelten.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat bereits entschieden, dass für den Abschluss internationaler Verträge dasselbe gilt wie für die Einrichtung internationaler Organisationen.²³⁵ Er hat festgestellt, dass die Wahrung der Grundrechte auch bei der Zusammenarbeit mit Staaten sichergestellt sein muss, die selbst den Grundrechten verpflichtet sind und Vertragsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention sind. Selbst wenn der andere Staat völkerrechtlich verpflichtet ist, eine Auslieferung an unsichere Drittstaaten zu unterlassen, müsse eine Zusammenarbeit mit ihm unterbleiben, wenn das „echte Risiko“ besteht, dass eine grundrechtswidrige Auslieferung gleichwohl erfolgt.²³⁶

Auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) hat die Entscheidung einer internationalen Organisation – des VN-Sicherheitsrats – vollumfänglich und ohne

²³³ EGMR, NJW 2003, 649 (650); EGMR, NJW 1999, 1173.

²³⁴ EGMR, NJW 1999, 1173.

²³⁵ EGMR, NVwZ 2001, 301 (302): „Sofern Staaten internationale Organisationen, oder mutatis mutandis internationale Übereinkommen, errichten um eine Kooperation in bestimmten Tätigkeitsbereichen zu erreichen, können sich hieraus Auswirkungen für den Schutz der Grundfreiheiten ergeben. Es wäre unvereinbar mit Ziel und Zweck der Europäischen Menschenrechtskonvention, wenn die Vertragsstaaten sich dadurch in einem bestimmten, von solchen Vereinbarungen umfassten Tätigkeitsbereich, von den Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention befreien könnten (EGMR, NJW 1999, 1173 = NVwZ 1999, 517 L - Waite und Kennedy././Deutschland).“

²³⁶ EGMR, NVwZ 2001, 301 (302 f.).

Abstriche an den europäischen Grundrechten gemessen, etwa an dem Recht auf effektiven Rechtsschutz, dem Recht auf ein faires Verfahren, der Eigentumsgarantie und an dem Verhältnismäßigkeitsgebot.²³⁷ Für Entscheidungen und die Rechtsordnung ausländischer Staaten kann nichts anderes gelten. Auch hier erlaubt die Bedeutung und Funktion des Grundrechtsschutzes keine falschen Rücksichten.

Im vorliegenden Fall steht auch nicht etwa nur eine Schutzpflicht der Bundesrepublik vor der ausländischen Staatsgewalt in Rede. Vielmehr geht es um einen Grundrechtseingriff der deutschen Staatsgewalt selbst durch aktive Auslieferung personenbezogener Informationen in das Ausland. Grundrechtliche Schutzpflichten können verletzt sein, wenn Dritte eine Grundrechtsposition beeinträchtigen und der Gesetzgeber untätig bleibt. In ihrem klassischen Anwendungsbereich als Abwehrrecht einschlägig sind die Grundrechte aber, wenn der Staat durch eine eigene Handlung – hier: Rechtshilfe – in Grundrechte eingreift und dadurch typischerweise und vorhersehbar Grundrechtsverletzungen ermöglicht und verursacht.

Insoweit hat auch der Bundesgerichtshof bereits festgestellt:²³⁸

Art. 102 des Grundgesetzes (Abschaffung der Todesstrafe) i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Recht auf Leben) beschränkt den internationalen Rechtshilfeverkehr in Strafsachen dahingehend, daß deutsche Ermittlungsergebnisse für ein ausländisches Strafverfahren nur zur Verfügung gestellt werden können, wenn gewährleistet wird, daß diese Ermittlungsergebnisse nicht zum Zweck der Verhängung und Vollstreckung der Todesstrafe verwertet werden (so auch mit weiteren Nachweisen zum Streitstand Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3. Aufl. IRG § 8 Rdn. 26 sowie § 59 Rdn. 21 f.). Diese Beschränkung muß auch beachtet werden, wenn - wie vorliegend - ausländische Strafverfolgungsbehörden durch deutsche Rechtshilfeersuchen und deren Ausführung in die Lage versetzt würden, eigene Strafverfahren wegen Straftaten einzuleiten, die dort mit der Todesstrafe bedroht sind.

Auch nach Ansicht des Bundesgerichtshofs erlauben die Grundrechte Rechtshilfeverkehr mithin nur, wenn „gewährleistet“ ist, dass dieser keine Grundrechtsverletzungen nach sich zieht.

(2) Keine Rechtfertigung durch Rechtsgüterschutz

Grundrechtseingriffe zur Verfolgung von Straftaten verfolgen das legitime Ziel des Rechtsgüterschutzes und können unter diesem Aspekt gerechtfertigt sein. Dies gilt jedoch nur für die strafrechtliche Verfolgung von Verhalten, welches unsere Rechtsordnung als strafbar missbilligt und welche nach unserem Recht strafbar ist.

²³⁷ EuGH, NJOZ 2008, 4499 (4542 ff.) – Kadi.

²³⁸ BGH, NStZ 1999, 634; ebenso schon OLG Düsseldorf, NJW 1994, 1485.

Außerhalb deutscher Strafverfahren ist ein Strafverfolgungsinteresse nicht oder jedenfalls nur in geringem Umfang anzuerkennen. Ausländische Staaten können Handlungen strafrechtlich verfolgen, die in Deutschland legal und grundrechtlich geschützt sind. Sie können gegen Personen ermitteln, welche in Deutschland mangels Nähe zur verfolgten Tat oder mangels grundrechtsschützenden Verfahrens (z.B. Gerichtsbeschluss) vor Ermittlungen grundrechtlich geschützt sind. Grundrechtseingriffe zugunsten ausländischer Staaten lassen sich in Ermangelung einer grundrechtskonformen Strafrechts- und Strafverfahrensordnung folglich nicht mit dem Interesse ausländischer Staaten an der Verfolgung von Straftaten nach ausländischem Straf- und Strafverfahrensrecht rechtfertigen.

In besonderem Maße gilt dies, wenn die verfolgte Handlung unter dem Schutz der deutschen Rechtsordnung vorgenommen wurde und maßgeblichen Inlandsbezug aufweist. Das angefochtene Gesetz trägt einem maßgeblichen Inlandsbezug keinerlei Rechnung.

Dass die Verwendung vom Ausland angeforderter Informationen nicht auf den konkreten Zweck des Ersuchens beschränkt ist, lässt sich erst Recht nicht mit dem Rechtsgüterschutz rechtfertigen. Denn ein Strafverfolgungsinteresse kommt allenfalls hinsichtlich des Anlassverfahrens in Betracht und nicht hinsichtlich möglicher, zukünftiger weiterer Zwecke, die noch in keiner Weise absehbar sind. Selbst wenn man also unter dem Grundgesetz ein Allgemeininteresse an dem Schutz ausländischer Rechtsgüter durch ausländische Staatsgewalt anerkennen wollte, würde dies den Verzicht auf eine wirksame Zweckbindung nicht rechtfertigen.

(3) Keine Rechtfertigung durch Vertrauen ohne Grundlage

In seiner neueren Rechtsprechung zu Auslieferungsfällen hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass im Auslieferungsverkehr zwischen Deutschland und anderen Staaten, insbesondere wenn dieser auf einer völkervertraglichen Grundlage durchgeführt werde, dem ersuchenden Staat im Hinblick auf die Einhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes grundsätzlich Vertrauen entgegenzubringen sei, solange dieses nicht durch entgegen gesetzte Tatsachen erschüttert werde.²³⁹ Im Fall der USA hat das Bundesverfassungsgericht eine solche Erschütterung zu Recht gesehen, „entscheidend“ aber darauf abgestellt, dass eine völkerrechtlich bindende Zusicherung vorliege, auf deren Einhaltung in Ermangelung entgegen stehender Anhaltspunkte vertraut werden könne.²⁴⁰ Völkervertragliche Rechtshilfebeziehungen durch die Unterzeichnung einer Abkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen bekräftigten die Vermutung, dass

²³⁹ BVerfG, 2 BvR 1243/03 vom 5.11.2003, Absatz-Nr. 73,
http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20031105_2bvr124303.html.

²⁴⁰ BVerfG, 2 BvR 1243/03 vom 5.11.2003, Absatz-Nr. 74,
http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20031105_2bvr124303.html.

der ersuchende Staat seine Verpflichtungen gegenüber Deutschland einhalten werde.²⁴¹ Zudem könne angenommen werden, dass die Bundesregierung über ihre diplomatischen Vertretungen das weitere Strafverfahren in den Vereinigten Staaten von sich aus beobachte.²⁴²

Hierzu ist folgendes zu bemerken: Erstens kann ein Vertrauen in die Wahrung der deutschen Grundrechte durch Drittstaaten nicht ins Blaue hinein, sondern nur dann gerechtfertigt sein, wenn es für ein solches Vertrauen eine hinreichende Grundlage gibt. Eine solche Vertrauensgrundlage setzt voraus, dass der Drittstaat völkerrechtlich oder durch sein innerstaatliches Recht zur Wahrung der Grundrechte verpflichtet ist und die Einhaltung dieser Verpflichtung objektiv (z.B. durch unabhängige Kontrollstellen oder durch diplomatische Vertretungen) und subjektiv (durch effektiven Rechtsschutz des betroffenen Grundrechtsträgers) gesichert ist. Unter diesen Umständen, wie sie in Mitgliedsstaaten der Europäischen Union gegeben sein können,²⁴³ kann ein Vertrauen auf die Einhaltung der Verpflichtungen des Drittstaats gerechtfertigt sein, wenn es nicht durch die gebotene Einzelfallprüfung erschüttert wird.

Andernfalls ist ein Vertrauen in Ermangelung einer hinreichenden Grundlage jedoch nicht gerechtfertigt. Insbesondere können völkerrechtliche Verpflichtungen ein Vertrauen nur insoweit rechtfertigen, wie sie reichen und durchsetzbar sind; sie erlauben keine über sie hinaus gehenden Rückschlüsse.²⁴⁴ Es entspricht dem Selbstbestimmungsrecht der Völker und auch der praktischen Erfahrung, dass Staaten innerhalb ihrer rechtlichen Möglichkeiten frei agieren und insbesondere nicht an das Recht von Drittstaaten wie die deutschen Grundrechte gebunden sind. Darüber hinaus entspricht es der praktischen Erfahrung, dass die Einhaltung völkerrechtlicher Verpflichtungen nicht gesichert ist, wenn sie nicht auch – insbesondere mit den Mitteln des innerstaatlichen Rechts des verpflichteten Staats – durchsetzbar sind.

Die teilweise vertretene Rechtsprechung, vom Sollen auf die Realität zu schließen, befindet sich dementsprechend international auf dem Rückzug.²⁴⁵ Gebieten die Grundrechte die Prüfung, ob im Ausland rechtsstaatliche Mindestanforderungen gewahrt sind,²⁴⁶ so kann

²⁴¹ BVerfG, 2 BvR 1243/03 vom 5.11.2003, Absatz-Nr. 75, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20031105_2bvr124303.html.

²⁴² BVerfG, 2 BvR 1243/03 vom 5.11.2003, Absatz-Nr. 76, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20031105_2bvr124303.html.

²⁴³ Vgl. BVerfG, 2 BvR 1521/03 vom 24.10.2003, Absatz-Nr. 13, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20031024_2bvr152103.html.

²⁴⁴ Unzut. daher BVerfG, NVwZ 2003, 1500 (1500).

²⁴⁵ Lagodny in Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, § 73, Rn. 10 m.w.N.

²⁴⁶ BVerfG, 2 BvR 1090/05 vom 22.11.2005, Absatz-Nr. 28, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20051122_2bvr109005.html.

diese Verpflichtung nicht dadurch entfallen, dass sich die Bundesregierung völkerrechtlich zur Zusammenarbeit mit einer ausländischen Macht verpflichtet und der Bundestag dieser Vereinbarung durch einfaches Gesetz zustimmt.²⁴⁷ Ein solches Verständnis widerspräche dem Vorrang der Grundrechte vor einfachem Recht. Auch ersetzt die Auffassung der Exekutive keine gerichtliche Prüfung (Art. 19 Abs. 4 GG).²⁴⁸

Dementsprechend hat das Oberlandesgericht Stuttgart in einer Auslieferungsentscheidung zur Voraussetzung einer Rechtshilfe gemacht, dass neben der völkerrechtlichen Verpflichtung zur Rücküberstellung auch „die Gerichte und Behörden des um Auslieferung ersuchenden Mitgliedstaats nach dessen innerstaatlichem Recht ermächtigt und verpflichtet sind, in diesem Falle ohne weiteres die Rücküberstellung zu bewirken“.²⁴⁹ Auch das OLG Zweibrücken hat eine Auslieferung trotz formal ausreichender Zusicherung des ersuchenden Staats abgelehnt, weil zweifelhaft war, ob die Bundesregierung die Einhaltung solcher Zusicherungen tatsächlich überprüft und ob sie dabei in der Vergangenheit zu dem Ergebnis gekommen ist, dass Zusicherungen auch eingehalten werden.²⁵⁰ Eine diesbezügliche Auskunft des auswärtigen Amtes, die „allgemein und pauschal gehalten“ ist, hat das Gericht nicht genügen lassen.

Im Verhältnis zur Europäischen Union hat auch das Bundesverfassungsgericht die Grundrechtsbindung nur unter der Voraussetzung zurückgenommen, dass ein „nach Inhalt und Wirksamkeit“ vergleichbarer Grundrechtsschutz gewährleistet ist²⁵¹. Es hat in aller Regel einen Individualrechtsschutz durch unabhängige Gerichte verlangt, die gegebenenfalls die Verletzung eines Grundrechts sachgerecht und wirksam sanktionieren.²⁵² Ebenso hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Wahrung der EMRK bei der Erfüllung internationaler Verpflichtungen nur vermutet, wenn die Grundrechte „sowohl durch materielle Regeln als auch durch ein Verfahren zur Kontrolle ihrer Einhaltung“ gesichert werden.²⁵³

Danach ist eine bloße völkerrechtliche Zusicherung oder Verpflichtung zur Wahrung der Grundrechte unzureichend, wenn nicht auch ihre Einhaltung objektiv und subjektivrechtlich gesichert ist. Erst Recht ist die bloße Hoffnung auf eine grundrechtskonforme Behandlung durch einen Staat, der zu einer grundrechtskonformen Behandlung weder vertraglich noch durch Zusicherung noch durch sein nationales Recht verpflichtet ist, unzureichend.

²⁴⁷ Lagodny in Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 73, Rn. 10a.

²⁴⁸ Lagodny in Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 73, Rn. 10a.

²⁴⁹ OLG Stuttgart, NJW 2005, 1522 (1523).

²⁵⁰ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 29.04.2008, Az. 1 Ausl. 30/07.

²⁵¹ BVerfGE 73, 339 (376).

²⁵² BVerfGE 73, 339 (376).

²⁵³ EGMR, NJW 2006, 197 – Bosphorus, Abs. 155.

Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass eine Überwachung der völkerrechtlichen Verpflichtungen eines Drittstaats durch deutsche Botschaften im Wege des Konsularrechts nur im Fall einer Auslieferung von Personen zum Zweck eines öffentlichen Gerichtsverfahrens möglich sein mag. Mit der vorliegenden Beschwerde angefochten wird hingegen die Auslieferung von Informationen im Wege der Rechtshilfe. Die weitere Nutzung und Weitergabe deutscher Informationen im Ausland ist auf diplomatischem Weg nicht zu kontrollieren. Internationale Konsularübereinkommen gewähren nur Rechte gegenüber eigenen Staatsangehörigen im Ausland, nicht aber hinsichtlich des Umgangs mit deren Daten. Um eben eine solche Kontrolle im Bereich des Umgangs mit Informationen über Menschen sicherzustellen, garantieren die Art. 10, 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG ebenso wie das europäische Recht unabhängige Kontrollstellen zur Sicherung der Rechtmäßigkeit der Verwendung personenbezogener Daten durch staatliche Stellen.

Ebenso mag im Fall der Auslieferung von Personen im Rahmen eines ordentlichen Strafverfahrens gewährleistet sein, dass sich diese gerichtlich gegen Verletzungen ihrer Grundrechte zur Wehr setzen können. Hingegen ist bei der Auslieferung von Informationen nicht gewährleistet, dass sich die Betroffenen vor Gericht gegen die rechtswidrige Verwendung von Informationen über ihr Privatleben oder gar ihren Fernmeldeverkehr durch den Drittstaat zur Wehr setzen können. Deswegen garantieren das Grundgesetz (Art. 19 Abs. 4 GG) und die Europäischen Menschenrechte aus gutem Grund effektiven Rechtsschutz.

Folglich bestehen wesentliche Unterschiede zwischen der Auslieferung von Personen und der Auslieferung von Informationen, die eine Übertragung der zur einen Fallgruppe entwickelten Grundsätze auf die andere nicht zulassen.

(4) Keine Rechtfertigung durch Achtung fremder Rechtsordnungen

Das Grundgesetz geht von der Eingliederung des von ihm verfassten Staates in die Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft aus (vgl. Präambel, Art. 1 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2, Art. 23 bis 26 GG) aus. Es gebietet damit zugleich, fremde Rechtsordnungen und -anschauungen grundsätzlich zu achten, auch wenn sie im Einzelnen nicht mit den deutschen innerstaatlichen Auffassungen übereinstimmen.²⁵⁴ Denn völkerrechtlich hat jedes Volk das Recht zur Selbstbestimmung und ist nicht an die deutschen Wertvorstellungen gebunden.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte weist indes zurecht darauf hin, dass es keinen Eingriff in eine fremde Rechtsordnung darstellt, wenn ein Staat Vergünstigungen (z.B. Erledigung von Rechtshilfeersuchen oder Abschluss entsprechender völkerrechtlicher Verträge) davon abhängig macht, dass die fremde Rechtsordnung seinen innerstaatlichen

²⁵⁴ BVerfG, NVwZ 2008, 71.

Garantien entspricht und deren Anforderungen genügt.²⁵⁵ Denn der ausländische Staat hat keinen Anspruch auf solche Vergünstigungen, was sich wiederum aus dem Selbstbestimmungsrecht des deutschen Volkes ergibt. Die Bundesrepublik ist frei, Vergünstigungen von Voraussetzungen abhängig zu machen, wie sie sich etwa aus dem Grundgesetz ergeben können. So kann die Zustimmung zu einem völkerrechtlichen Vertrag von der Aufnahme materieller und verfahrensrechtlicher Sicherungen, die den Anforderungen des Grundgesetzes genügen, abhängig gemacht werden. Dass ein derartiger völkerrechtlicher Vertrag mitsamt der darin vorgesehenen Garantien dann von den anderen Vertragsparteien umzusetzen ist, bedeutet keine Missachtung deren Rechtsordnung, weil der Beitritt der anderen Vertragsparteien zu dem Abkommen freiwillig ist.

Umgekehrt stellte es eine Missachtung der deutschen Rechtsordnung dar, würden andere Staaten von Deutschland erwarten, an Handlungen mitzuwirken, welche die in unserer Rechtsordnung garantierten Grundrechte und die darin zum Ausdruck kommenden Wertentscheidungen verletzen.²⁵⁶ Eine solche Erwartung würde letztlich zu einer Übernahme ausländischer Wertentscheidungen durch die deutsche Staatsgewalt gleichkommen.²⁵⁷ Es geht insoweit nicht darum, das fremde Recht zu zensieren oder dem Ausland die deutschen Wertvorstellungen zu oktroyieren, sondern darum, den fremden Oktroi einer Grundrechtsverletzung abzuwehren.²⁵⁸

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits ausgeführt, dass das Völkerrecht nicht dadurch in Frage gestellt wird, dass die allgemeinen Vorschriften des Völkerrechts nach Art. 25 GG nur dem einfachen Bundesrecht vorgehen.²⁵⁹ Auch wird eine andere (fremde) Rechtsordnung nicht in Frage gestellt, wenn sie durch den *ordre public* der Bundesrepublik Deutschland einschließlich zwingenden Verfassungsrechts verdrängt wird.²⁶⁰ Vielmehr hat das Bundesverfassungsgericht zutreffend ausgesprochen:²⁶¹

²⁵⁵ EGMR, NJW 1990, 2180 (2185) – Soering: „Mit der Begründung einer solchen Verantwortlichkeit ist unvermeidlich eine Bestandsaufnahme der Bedingungen des ersuchenden Staates verbunden, ob die dortigen Verhältnisse den Anforderungen des Art. 3 MRK entsprechen. Trotzdem stellt sich nicht die Frage, ob über eine Verantwortlichkeit des ersuchenden Staates entschieden wird oder eine solche begründet wird - gleich ob nach Völkerrecht, nach der Konvention oder auf sonstige Weise. Soweit eine Konventionspflicht tatsächlich oder potentiell verletzt wird, handelt es sich um eine Pflichtverletzung des ausliefernden Mitgliedstaates, die durch die Auslieferungsmaßnahme bewirkt wurde.“

²⁵⁶ Vgl. Scheller, Ermächtigungsgrundlagen für die internationale Rechts- und Amtshilfe zur Verbrechensbekämpfung (1997), 170.

²⁵⁷ Lagodny in Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, § 73, Rn. 20.

²⁵⁸ Vgl. BVerfGE 31, 58 (82).

²⁵⁹ BVerfGE 37, 271 (278 f.).

²⁶⁰ BVerfGE 37, 271 (278 f.).

²⁶¹ BVerfGE 31, 58 (75).

Diese Anerkennung des Geltungsanspruchs der Grundrechte auch für die Anwendung des berufenen ausländischen Rechts bedeutet keine unzulässige Ausweitung des Geltungsbereichs des Grundgesetzes gegenüber dem fremden Staat oder einen Oktroi deutscher Wertvorstellungen gegenüber dem Ausland. Das ausländische Recht wird nicht losgelöst von der dortigen Verfassung und den Gegebenheiten seines nationalen Geltungsbereichs generell auf eine Übereinstimmung mit dem Grundgesetz geprüft. Vielmehr kommt es allein darauf an, ob eine innerstaatliche Rechtshandlung deutscher Staatsgewalt in bezug auf einen konkreten Sachverhalt, der eine mehr oder weniger starke Inlandsbeziehung aufweist, zu einer Grundrechtsverletzung führt. Ergibt sich dabei, daß sich die Anwendung des ausländischen Rechts an einer Grundrechtsnorm „bricht“, so liegt hierin keine generelle Zensur der fremden Regelung, die nicht für die Anwendung durch deutsche Hoheitsträger geschaffen worden ist und im eigenen Bereich vertretbar oder sinnvoll sein mag, sondern allein die Feststellung, daß ihre konkrete Anwendung sich in einem bestimmten Punkt mit unserer Verfassungsordnung nicht verträgt.

(5) Keine Rechtfertigung durch Erhalt des Rechtshilfeverkehrs

Dass der Rechtshilfeverkehr möglich bleibt, wenn jeder Staat auf die Wahrung seiner verfassungsrechtlichen Grundsätze im ersuchenden Staat besteht, ist bereits ausgeführt worden²⁶² – zumal die Grundrechte bereits in bestehenden internationalen Verpflichtungen wie der Europäischen Menschenrechtskonvention zu einem großen Teil anerkannt sind.²⁶³ Die Wahrung der Grundrechte kann ein Rechtshilfevertrag gewährleisten, indem er entweder selbst ausreichende Garantien vorsieht oder aber den Vertragsstaaten ermöglicht, eine Zusammenarbeit von einem hinreichenden Maß an Grundrechtsschutz in dem ersuchenden Staat abhängig zu machen. Bei dem Abkommen vom 23.11.2001 ist beides nicht der Fall.

Der Erhalt des Rechtshilfeverkehrs stellt zwar einen Gemeinwohlbelang dar. Jedoch ist andererseits zu berücksichtigen, dass die Förderung ausländischer Strafverfahren deutschen Gemeinwohlbelangen – namentlich dem Schutz deutscher Rechtsgüter – kaum dient. Die Strafverfolgungsinteressen an der Förderung eines ausländischen Verfahrens wiegen weniger schwer als die Förderung eines deutschen Strafverfahrens, das eine nach deutschem Recht strafbare Tat zum Gegenstand hat.²⁶⁴ Dieses Minderinteresse wird durch die Interessen an internationaler Zusammenarbeit (z.B. Gegenseitigkeitsinteresse, Vertragstreue, Völkerrechtsfreundlichkeit) allenfalls kompensiert.²⁶⁵ Im Ergebnis wiegt das

²⁶² Seite 38.

²⁶³ Seite 33; vgl. Lagodny in Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, § 73, Rn. 14.

²⁶⁴ Scheller, Ermächtigungsgrundlagen für die internationale Rechts- und Amtshilfe zur Verbrechensbekämpfung (1997), 201.

²⁶⁵ Scheller a.a.O.

Interesse der Allgemeinheit an der Leistung von Rechtshilfe jedoch nicht schwerer als das Interesse an der Durchführung eines deutschen Strafverfahrens.²⁶⁶ Tiefer greifende Grundrechtseingriffe als bei innerdeutschen Ermittlungsmaßnahmen sind daher nicht gerechtfertigt.

(6) Keine Rechtfertigung durch Erhalt der außenpolitischen Handlungsfähigkeit der Bundesregierung

Dass die Grundrechte der außenpolitischen Handlungsfähigkeit der Bundesregierung ebenso Grenzen setzen wie ihrer sonstigen Handlungsfähigkeit, liegt auf der Hand (Art. 1 Abs. 3 GG). Dies ist notwendige Folge der Werteentscheidung des Grundgesetzes, den Menschenrechten als unveräußerlicher Grundlage unserer Gesellschaft (Art. 1 Abs. 2 GG) Vorrang vor sonstigen Staats- und Gemeinschaftsinteressen einzuräumen.

Dass die Grundrechtsbindung die Bundesregierung handlungs- oder vertragsunfähig mache, ist jedenfalls nicht der Fall. Derartiges hat bereits das Grundgesetz selbst nicht angenommen, als es festlegte, dass die Eingehung völkerrechtlicher Verpflichtungen an den Grundrechten zu messen ist (Art. 79 Abs. 1 S. 2 GG).

Auch in der Praxis beeinträchtigt es die Vertragsfähigkeit regelmäßig nicht, wenn ein Staat bestimmte Vorbehalte zur Wahrung seiner Verfassung macht. Sollten andere Vertragsstaaten die Vereinbarung solcher Vorbehalte verweigern, weil sie lieber kein Abkommen als ein den Grundrechten entsprechendes Abkommen schließen möchten, so ist in erster Linie zu prüfen, ob ein Vertragsschluss ohne diese Staaten möglich ist (z.B. nur unter EU-Staaten oder Staaten des Europarats). Andernfalls müssen die Pläne zurückgestellt werden, bis eine weitere Verfassungsentwicklung eingetreten ist oder aber tatsächliche Entwicklungen die Meinung der übrigen Vertragsparteien geändert haben.

Es ist bereits ausgeführt worden, dass die Wahrung nationaler Interessen eine tägliche Selbstverständlichkeit bei der Aushandlung internationaler Vereinbarungen darstellt.²⁶⁷ Es ist auch bereits dargestellt worden, dass es nicht unüblich ist, wenn einzelne Staaten den Beitritt zu Abkommen insgesamt verweigern. Das Ausscheren eines einzelnen Staates wegen seines nationalen Verfassungsrechts wird allerdings dort selten vorkommen, wo das Verfassungsrecht mit Völkerrecht (z.B. EMRK) überein stimmt und daher – wie hier – eine Vielzahl der Verhandlungsparteien bindet.

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird im Übrigen auf die obigen Ausführungen Bezug genommen.²⁶⁸ Insbesondere ist bereits darauf hingewiesen worden, dass sowohl die parlamentarische Versammlung des Europarats wie auch das Europäische Parlament verlangt haben, ein vergleichbares Grundrechts- und Datenschutzniveau zur Vorbedingung

²⁶⁶ Vgl. Scheller a.a.O.

²⁶⁷ Seite 30.

²⁶⁸ Seite 26.

für die Leistung von Rechtshilfe zu machen.²⁶⁹ Handelt es sich danach um eine internationale Forderung der Volksvertreter, so kann von einem Ausscheren Deutschlands oder von einer überzogenen Auslegung keine Rede sein, wenn eben diese Anforderungen auch aus den Grundrechten des Grundgesetzes abgeleitet werden.

(7) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Rechtshilferegeln der Art. 25 ff. CCC zwar legitime Ziele verfolgen, dass es das Gewicht dieser Belange aber nicht rechtfertigt, deutsche Computer- und Verbindungsdaten einer beliebigen oder unkontrollierten Verwendung im Ausland preiszugeben, wie es notwendige Folge einer Zustimmung zu dem Abkommen vom 23.11.2001 ist.²⁷⁰

(8) Hilfsweise: Verletzung der unabdingbaren Grundsätze des deutschen Rechts

Selbst wenn man die Verwendung deutscher Informationen im Ausland entgegen der obigen Ausführungen nur an den unabdingbaren Grundsätzen des Grundgesetzes messen wollte, zählt es zu diesen Grundsätzen, dass Informationen über eine Person – zumal wenn sie aus einem Eingriff in das Fernmeldegeheimnis oder in die Unverletzlichkeit der Wohnung stammen – ausländischen Staaten nicht ausgeliefert werden dürfen, wenn keinerlei Bindung an den Zweck der Auslieferung gesichert ist und deswegen das „echte Risiko“ einer Verwendung der Informationen zu anderen Zwecken – einschließlich der Verletzung weiterer Grundrechte – oder einer zweckungebundenen Vorratsdatenspeicherung besteht. Dass ein solches Risiko tatsächlich besteht, ist bereits ausgeführt worden.²⁷¹

(9) Hilfsweise: Verletzung völkerrechtlicher Verpflichtungen

Eine weitere absolute Schranke für die Einschränkung von Grundrechten stellen bestehende völkerrechtliche Verpflichtungen der Bundesrepublik zum Schutz der Grundrechte dar.²⁷² Mit der Zustimmung zu dem vorliegenden Übereinkommen hat der Gesetzgeber gegen internationale Verpflichtungen verstoßen, namentlich gegen die Europäische Menschenrechtskonvention.

Es ist bereits ausgeführt worden, dass die Europäische Menschenrechtskonvention auch im Anschluss an einen Eingriff in Fernmeldegeheimnis oder informationelle Selbstbestimmung (Art. 8 EMRK) eine wirksame Sicherung der Privatsphäre der Betroffenen erfordert. So muss das innerstaatliche Recht festlegen, nach welcher Zeitdauer erlangte Informationen zu löschen sind, welche Personen auf den Datenbestand zugreifen dürfen, die Art und

²⁶⁹ Seite 33.

²⁷⁰ Seite 50.

²⁷¹ Seite 53.

²⁷² Seite 46.

Weise der Speicherung, das Verfahren der Nutzung der Informationen sowie die zulässigen Verwendungszwecke der erhobenen Informationen.²⁷³ Auch für Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis muss das nationale Recht etwa Fristen für die Löschung der erlangten Informationen festlegen.²⁷⁴ Die internationale Arbeitsgruppe für den Datenschutz in der Telekommunikation zählt zu den gebotenen Schutzmaßnahmen „Beschränkungen der Nutzung und Anforderungen an die Vernichtung von Tonbändern und Protokollen“.²⁷⁵

Es bedarf keiner näheren Begründung, dass weder das ratifizierte Abkommen selbst noch das nationale Recht aller anderer Vertragspartner diese Mindestanforderungen erfüllt. Wie bereits ausgeführt, unterliegen etwa in den USA Informationen über nicht-amerikanische Staatsbürger keinerlei Einschränkungen und Vorschriften. Weder Löschungspflichten noch die zulässigen Verwendungszwecke sind in einem verbindlichen und öffentlich zugänglichen Gesetz festgelegt, wie es Art. 8 EMRK verlangt.

Die Bundesregierung hat schlichtweg darauf verzichtet, Garantien in das Abkommen vom 23.11.2001 aufzunehmen, die der EMRK genügen. Wie bereits ausgeführt, ermöglicht das Abkommen dem Gesetzgeber auch auf Umsetzungsebene nicht, seinen Verpflichtungen aus Art. 8 EMRK nachzukommen.²⁷⁶

e) Fehlen einer unabhängigen Aufsicht

Das Zustimmungsgesetz verletzt Art. 10 GG ferner dadurch, dass eine unabhängige Rechtmäßigkeitskontrolle der weiteren Verwendung erlangter Daten nicht gewährleistet ist.

Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG gebietet, eine Rechtmäßigkeitskontrolle der Eingriffsmaßnahmen durch unabhängige und an keine Weisung gebundene staatliche Organe und Hilfsorgane vorzusehen.²⁷⁷ Zu diesen Stellen gehören insbesondere Datenschutzbeauftragte und die G10-Kommissionen. Die Kontrolle muss den gesamten Prozess der Erfassung und Verwertung der Daten umfassen,²⁷⁸ auch wenn die Verwertung durch andere Stellen erfolgt.²⁷⁹ Auch die Einhaltung der gesetzlichen Vorkehrungen zum Schutz des Fernmeldegeheimnisses ist zu kontrollieren.²⁸⁰

²⁷³ EGMR, Rotaru-ROM (2000), Decisions and Reports 2000-V, Abs. 57.

²⁷⁴ EGMR, Kruslin-F (1990), Publications A176-A, Abs. 35; EGMR, Valenzuela Contreras-ES (1998), Decisions and Reports 1998-V, Abs. 46.

²⁷⁵ IWGDPT, Beschluss vom 15.04.1998, http://www.datenschutz-berlin.de/attachments/173/inter_de.pdf?1200658786.

²⁷⁶ Seite 55.

²⁷⁷ BVerfGE 100, 313 (361); BVerfGE 67, 157 (185).

²⁷⁸ BVerfGE 100, 313 (361 f. und 401).

²⁷⁹ DSB-Konferenz, Konsequenzen aus BVerfGE 100, 313 (I).

²⁸⁰ BVerfGE 100, 313 (362).

Diese Voraussetzungen erfüllt das angefochtene Übereinkommen nicht. Es gewährleistet nicht, dass die weitere Verwendung von Deutschland ausgelieferter Informationen einer unabhängigen Kontrolle unterliegt.

Der deutsche Gesetzgeber kann dieser Anforderung auch nicht durch eine grundrechtsfreundliche Umsetzung und Anwendung des Abkommens vom 23.11.2001 Rechnung tragen. Denn die Bundesregierung hat trotz vielfacher Mahnungen und Warnungen davon abgesehen, ihre Zustimmung zu dem Abkommen davon abhängig zu machen, dass den grundrechtlichen Anforderungen genügende Datenschutzbestimmungen aufgenommen werden.²⁸¹ Die Bundesregierung hat zwar eine Klausel vorgeschlagen, die eine Rechtshilfeverweigerung wegen mangelnden Datenschutzniveaus erlaubt hätte. Wegen der Ablehnung einzelner Verhandlungsstaaten hat sie dem Abkommen letztendlich aber ohne einen solchen Vorbehalt zugestimmt. Dies entspricht dem Grundgesetz nicht.

Der im Abkommen vorgesehene Ablehnungsgrund der Beeinträchtigung eines „wesentlichen Interesses“ der Vertragspartei ermöglicht es nicht, eine Zusammenarbeit mit Vertragsstaaten ohne angemessenes Schutzniveau und unabhängige Aufsichtsbehörde auszuschließen. Vielmehr heißt es sowohl im erläuternden Bericht („explanatory memorandum“) der Konventionsautoren wie auch in der Denkschrift der Bundesregierung, dass „die Rechtshilfe nur in Ausnahmefällen aus Datenschutzgründen abgelehnt werden kann“ und eine „umfassende, kategorische oder systematische Anwendung von Datenschutzgrundsätzen zur Versagung der Zusammenarbeit [...] ausgeschlossen“ ist.²⁸² Ausdrücklich soll das Fehlen einer Datenschutzaufsicht im Empfängerstaat unerheblich sein.²⁸³

Wollte man das Abkommen verfassungskonform auslegen und ein angemessenes Datenschutzniveau entgegen dem eindeutigen Willen der Vertragsparteien als „wesentliches Interesse“ Deutschlands ansehen, so hat der Gesetzgeber die Grundrechte zumindest bei der Umsetzung des Abkommens verletzt. Er hat nämlich nicht normenklar vorgesehen, dass Rechtshilfeersuchen abzulehnen sind, wenn die ersuchende Partei nicht über eine unabhängige Aufsichtsbehörde verfügt. Da die Rechtshilfebehörden mit der Überprüfung der Frage des angemessenen Grundrechtsschutzniveaus überfordert wären, muss der Gesetzgeber zur Sicherung des Grundrechtsschutzes diejenigen Staaten festlegen oder festlegen lassen, in denen ein angemessener Grundrechtsschutz gewährleistet ist und mit denen eine Zusammenarbeit grundsätzlich gestattet ist (ebenso Art. 25 RiL 95/46/EG). Falls der Gesetzgeber die Festlegung delegiert, ist der Bundesdatenschutzbeauftragte an der Entscheidung maßgeblich zu beteiligen, wenn sie ihm nicht insgesamt übertragen wird.

²⁸¹ Etwa Dix, Stellungnahme vom 05.07.2007, <http://www.brandenburg.de/media/2473/cyber.pdf>, 10.

²⁸² Bundesregierung, BT-Drs. 16/7218, 91.

²⁸³ Bundesregierung, BT-Drs. 16/7218, 91.

Es besteht kein Anlass, davon abzugehen, dass Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis stets einer unabhängigen Aufsicht bedürfen. Es handelt sich dabei nicht um eine speziell deutsche Sicherung, sondern auch Art. 8 der EU-Grundrechtecharta und Art. 25 des Datenschutz-Rahmenbeschlusses der EU sehen eine unabhängige Datenschutzkontrolle zwingend vor. Dasselbe verlangt die Europäische Menschenrechtskonvention.²⁸⁴ Eine unabhängige Aufsicht über die Verwendung von Informationen über Menschen ist – wie die gesamten Grundrechte – unveräußerlicher Bestandteil des europäischen *ordre public*.

Eine unabhängige Aufsicht, welche die Rechtmäßigkeit der gesamten weiteren Verwendung nach dem Abkommen erlangter Daten überprüft, ist im Ausland nicht gewährleistet. Dies gilt insbesondere in den USA, die sich beharrlich weigern, eine unabhängige Aufsicht über die Rechtmäßigkeit des Umgangs gerade mit den Daten von Nicht-US-Bürgern einzurichten. Einzelne US-Behörden haben in den letzten Jahren zwar eine Art behördliche Datenschutzbeauftragte bestellt. Diese genügen aber keinesfalls den grundrechtlichen Anforderungen. Nach zutreffender Ansicht der Europäischen Kommission erfordert die gebotene Unabhängigkeit von Datenschutz-Aufsichtsbehörden die folgenden Elemente:²⁸⁵

a. institutionelle Unabhängigkeit, das heißt, die Aufsichtsbehörde ist keiner anderen Regierungsbehörde untergeordnet. Dies erlaubt keine Abhängigkeit von übergeordneten Behörden und keine Möglichkeit, dass andere oder höhere Behörden Anweisungen erteilen. Die Unabhängigkeit der Zielsetzungen von anderen staatlichen Einrichtungen muss gewährleistet sein. Volle Unabhängigkeit bedeutet, dass eine Aufsichtsbehörde mit Ausnahme der Gerichte die einzige öffentliche Stelle ist, in deren Zuständigkeit Datenschutzangelegenheiten fallen (z.B. können in föderalen Staaten mehr als eine Aufsichtsbehörde existieren). Jegliche Einflussnahme von außen auf die Entscheidungen und Verfahren der Aufsichtsbehörde muss ausgeschlossen werden. Ein Mitglied einer Aufsichtsbehörde hat von Handlungen abzusehen, die mit seinen Pflichten unvereinbar sind, und soll während seiner Amtszeit keiner anderen Beschäftigung nachgehen, sei sie auf Gewinnerzielung gerichtet oder nicht.

b. funktionale Unabhängigkeit, das heißt, die Aufsichtsbehörde ist Anweisungen der zu Kontrollierenden nicht unterworfen, sowohl hinsichtlich des Inhalts wie auch des Umfangs ihrer Tätigkeit. Diejenigen, die zu beaufsichtigen sind, dürfen weder einen direkten noch einen indirekten Einfluss nehmen. Mitglieder der Aufsichtsbehörde können nicht von ihren Pflichten entbunden werden wegen Meinungen oder Handlungen als Mitglieder der Aufsichtsbehörde. Sie können nicht von höheren politischen Einrichtungen ihres Amtes enthoben werden.

²⁸⁴ Siehe Seite 33; vgl. auch Ziff. 1.1 der Empfehlung R (87) 15 des Europarats vom 17.09.1987 über den Gebrauch personenbezogener Daten im Polizeisektor.

c. materielle Unabhängigkeit, das heißt, die Aufsichtsbehörde muss über eine Infrastruktur verfügen, die einer reibungslosen Ausführung ihrer Verrichtungen angemessen ist, insbesondere über eine ausreichende Finanzierung. Zweck dieser Finanzierung sollte sein, der Aufsichtsbehörde eigenes Personal und Büroräume zu ermöglichen, damit sie von der Regierung unabhängig und keinen finanziellen Kontrollen, die ihre Unabhängigkeit beeinträchtigen könnten, unterworfen ist.

Die US-amerikanischen behördlichen Datenschutzbeauftragten, die voll in die Organisationen, die sie beaufsichtigen sollen, eingebettet sind, erfüllen diese Voraussetzungen nicht auch nur annähernd. Eine Unabhängigkeit von der Regierung ist hier keinesfalls gewährleistet. Auch das geplante Datenabkommen mit den USA soll daran nichts ändern.²⁸⁶

Was die Mitgliedsstaaten des Europarats angeht, sieht zwar das Zusatzprotokoll zum Europäischen Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Kontrollstellen und grenzüberschreitendem Datenverkehr vom 08.11.2001 unabhängige Datenschutz-Kontrollstellen vor. Viele Staaten, die das angefochtene Abkommen vom 23.11.2001 ratifiziert haben, haben das genannte Zusatzprotokoll jedoch nicht ratifiziert. Auch in diesem Bereich muss Rechtshilfe daher stets eine Prüfung eines angemessenen Schutzniveaus im ersuchenden Staat voraussetzen. Das Abkommen vom 23.11.2001 ermöglicht eine solche Prüfung nicht, und das deutsche Zustimmungsgesetz gewährleistet sie dementsprechend auch nicht.

f) Fehlende Protokollierungspflicht

Das Zustimmungsgesetz verletzt Art. 10 GG dadurch, dass die weitere Verwendung von Informationen über den Telekommunikationsverkehr nicht protokolliert wird und deswegen nicht nachvollziehbar ist.

Ermächtigt der Gesetzgeber zu Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis, so muss er die Kennzeichnung von Daten, die aus Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis stammen, vorsehen,²⁸⁷ denn nur wenn die Herkunft der Daten aus einem Eingriff in Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG stets erkennbar ist, können spätere Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG, etwa durch Verwendung der Daten, auch als solche identifiziert und auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft werden. Um die Möglichkeit gerichtlichen Rechtsschutzes sowie die erforderliche Kontrolle durch unabhängige Instanzen sicher zu stellen, muss der Gesetzgeber weiter die

²⁸⁵ Schreiben vom 12.12.2007 an die USA, <http://www.daten-speicherung.de/data/101-Interpretation-sent12-12-2007.pdf>.

²⁸⁶ Gemeinsame EU-US-Datenschutzprinzipien, <http://www.statewatch.org/news/2008/mar/eu-us-dp-principles.pdf>.

²⁸⁷ BVerfGE 100, 313 (360 f.).

Protokollierung jedes Folgeeingriffs in Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG vorsehen, insbesondere jeder Übermittlung, Vernichtung oder Löschung.²⁸⁸

Vorliegend hat der Gesetzgeber nicht dafür gesorgt, dass deutsche Stellen, welche in Anwendung des angefochtenen Übereinkommens in das Fernmeldegeheimnis eingreifen, die einzelnen Schritte des Umgangs mit den gewonnenen Informationen protokollieren. § 101 Abs. 3 StPO gilt nur für Maßnahmen nach der Strafprozessordnung (§ 101 Abs. 1 StPO), nicht aber für Maßnahmen nach Rechtshilfegesetzen oder -verträgen. Rechtshilfemaßnahmen sind keine solchen nach der Strafprozessordnung. Selbst wenn man insoweit § 77 Abs. 1 IRG für einschlägig hielte, hat der Gesetzgeber eine Protokollierung nicht hinreichend normenklar angeordnet. Erstens ist die Anwendbarkeit des § 77 Abs. 1 IRG auf das angefochtene Abkommen wegen § 1 Abs. 3 IRG fraglich. Zweitens ist § 77 Abs. 1 IRG nicht hinreichend bestimmt, um sicherzustellen, dass die gebotene Protokollierung stets erfolgt. Dies dürfte wegen der unklaren Regelung auch gegenwärtig in der Praxis nicht der Fall sein.

Daneben verstößt das Abkommen gegen Art. 10 GG, weil die gebotene Protokollierung der Weiterverwendung der übermittelten Informationen im Ausland nicht vorgesehen ist. Wie oben dargestellt, muss sich der deutsche Gesetzgeber die weitere Verwendung übermittelter Informationen als von ihm durch positives Tun veranlassten mittelbaren Grundrechtseingriff zurechnen lassen.²⁸⁹ Er hat daher sicherzustellen, dass auch die weitere Verwendung der deutschen Informationen im Ausland im Einklang mit den grundrechtlichen Standards erfolgt. Zu diesen gehört eine Protokollierung des Umgangs mit Informationen über den vertraulichen und besonders geschützten Fernmeldeverkehr. Nur eine solche Protokollierung ermöglicht eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Datenverwendung durch unabhängige Datenschutzbeauftragte, durch die Gerichte und durch Deutschland, wenn es nach Art. 28 Abs. 4 CCC Auskunft verlangt.

g) Fehlende Benachrichtigung

Das Zustimmungsgesetz verletzt Art. 10 GG dadurch, dass eine Benachrichtigung der von Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis Betroffenen nicht gewährleistet ist.

Damit Betroffene die Rechtswidrigkeit eines Eingriffs und Rechte auf Löschung oder Berichtigung geltend machen können, muss das Gesetz gemäß Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG vorsehen, dass der Betroffene von Eingriffen in sein Grundrecht benachrichtigt wird.²⁹⁰ Dies folgt auch aus Art. 19 Abs. 4 GG.²⁹¹ Eine Pflicht zur Benachrichtigung besteht grundsätz-

²⁸⁸ BVerfGE 100, 313 (360 f. und 395 f.).

²⁸⁹ Seite 12.

²⁹⁰ BVerfGE 30, 1 (31); BVerfGE 100, 313 (361).

²⁹¹ BVerfGE 65, 1 (70).

lich auch gegenüber zufällig von einem Eingriff mitbetroffenen Dritten.²⁹² Von dem Grundsatz der Benachrichtigungspflicht abweichende Regelungen sind nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zulässig.²⁹³ Unverhältnismäßig ist ein Ausschluss der Benachrichtigung jedenfalls dann, wenn die Benachrichtigung den Zweck der Maßnahme nicht mehr gefährden kann.²⁹⁴ Auch die internationale Arbeitsgruppe für den Datenschutz in der Telekommunikation zählt zu den gebotenen Schutzmaßnahmen die „Benachrichtigung der Betroffenen“.²⁹⁵ Zudem hat jetzt auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) einen Anspruch auf unverzügliche Benachrichtigung über einen Grundrechtseingriff anerkannt, damit der Betroffene Rechtsschutz in Anspruch nehmen kann.²⁹⁶

Im Fall des angefochtenen Zustimmungsgesetzes hat der Gesetzgeber erstens nicht sichergestellt, dass eine Benachrichtigung über Eingriffe deutscher Behörden in das Fernmeldegeheimnis erfolgt, wenn die deutschen Behörden in Anwendung der §§ 25 ff. CCC entsprechende Maßnahmen ergreifen. § 101 Abs. 4 StPO gilt nur für Maßnahmen nach der Strafprozessordnung (§ 101 Abs. 1 StPO), nicht aber für Maßnahmen nach Rechtshilfegesetzen oder -verträgen. Wenn man insoweit § 77 Abs. 1 IRG für einschlägig hielte, hat der Gesetzgeber eine Benachrichtigung nicht hinreichend normenklar angeordnet: Einerseits ist die Anwendbarkeit des § 77 Abs. 1 IRG auf das angefochtene Abkommen wegen § 1 Abs. 3 IRG fraglich. Andererseits ist § 77 Abs. 1 IRG nicht hinreichend bestimmt, um sicherzustellen, dass die gebotene Benachrichtigung stets erfolgt. Dies dürfte wegen der unklaren Regelung auch gegenwärtig in der Praxis nicht der Fall sein. Es kommt hinzu, dass die Benachrichtigung nach § 101 Abs. 5 StPO erst erfolgt, wenn dies „ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks, des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit und der persönlichen Freiheit einer Person und von bedeutenden Vermögenswerten [...] möglich ist“. Im Fall der Rechtshilfe wird die deutsche Behörde aber nie feststellen können, ob und wann diese Voraussetzungen vorliegen. Denn das Übereinkommen sieht eine Benachrichtigung über Verfahrensstand oder Verfahrensausgang nicht vor. Auch sieht es selbst keine Benachrichtigung der Betroffenen vor. Art. 28 Abs. 4 CCC stellt zwar eine brauchbare Möglichkeit dar, um die Voraussetzungen einer Benachrichtigung zu überprüfen. Der Gesetzgeber hat von dieser Möglichkeit aber keinen Gebrauch gemacht. Er hätte dazu in dem Zustimmungsgesetz vorsehen müssen, dass in den Abständen des § 101 Abs. 6 StPO bei

²⁹² BVerfGE 109, 279 (365) zu Art. 13 GG.

²⁹³ BVerfGE 100, 313 (361).

²⁹⁴ BVerfGE 100, 313 (361).

²⁹⁵ IWGDPT, Beschluss vom 15.04.1998, http://www.datenschutz-berlin.de/attachments/173/inter_de.pdf?1200658786.

²⁹⁶ EuGH, NJOZ 2008, 4499 (4542) – Kadi; ähnlich Ziff. 2.2 der Empfehlung R (87) 15 des Europarats vom 17.09.1987 über den Gebrauch personenbezogener Daten im Polizeisektor.

dem Empfangsstaat nachzufragen ist, ob die Voraussetzungen einer Benachrichtigung vorliegen.

Zweitens verstößt das Abkommen gegen Art. 10 GG, weil die gebotene Benachrichtigung über die weitere Verwendung der übermittelten Verkehrsdaten im Ausland nicht vorgesehen ist. Nur eine solche Benachrichtigung ermöglicht eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Datenverwendung durch unabhängige Datenschutzbeauftragte und durch die zuständigen Gerichte.

h) Fehlender Anspruch auf Auskunft, Berichtigung und Löschung

Das Zustimmungsgesetz verletzt Art. 10 GG und die Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG schließlich dadurch, dass Betroffene keine Auskunft über, Berichtigung und Löschung von Informationen verlangen können, welche ausländische Mächte aufgrund der deutschen Zustimmung zu dem Abkommen vom 23.11.2001 erlangt haben.

Ist eine staatliche Stelle zu informationsbezogenen Eingriffen berechtigt, deren Vornahme oder Umfang der Betroffene nicht sicher abschätzen kann, und besteht zudem keine Pflicht dieser Stelle zur aktiven Benachrichtigung des Betroffenen, so ist der Gesetzgeber verpflichtet, ein Informationsrecht des Betroffenen zu schaffen.²⁹⁷ Dieser Auskunftsanspruch darf nur durch Gesetz und im überwiegenden Interesse anderer Belange eingeschränkt werden.²⁹⁸ Daneben folgt aus den einschlägigen Grundrechten ein Anspruch auf Berichtigung falscher Aufzeichnungen und auf Vernichtung rechtswidrig vorgehaltener oder nicht mehr erforderlicher Informationen. Dies gebietet auch Art. 8 EMRK.²⁹⁹

Das Abkommen vom 23.11.2001 verstößt gegen diese Vorgaben. Hat Deutschland Informationen in das Ausland ausgeliefert, so hat man keinen Anspruch auf Auskunft, Berichtigung oder Löschung gegen dem Empfängerstaat. Diese Rechte sichert weder das Abkommen selbst zu, noch bestehen sie im innerstaatlichen Recht der übrigen Vertragsparteien. Im Fall der USA etwa ist das Fehlen entsprechender Ansprüche von Nicht-US-Bürgern evident. Aber auch im Fall von Staaten wie Südafrika, Philippinen, Armenien, Aserbaidschan, Bosnien oder Mazedonien kann von entsprechenden Ansprüchen im Sicherheitsbereich nicht ausgegangen werden. Maßgeblich ist nicht nur der Bereich der Strafverfolgung, weil die von Deutschland erlangten Informationen innerhalb des ersuchenden Staates zu anderen Zwecken weiterverwendet werden können.

²⁹⁷ BVerfG, 1 BvR 2388/03 vom 10.3.2008, Absatz-Nr. 75,
http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080310_1bvr238803.html.

²⁹⁸ BVerfG, 1 BvR 2388/03 vom 10.3.2008, Absatz-Nr. 77,
http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080310_1bvr238803.html.

²⁹⁹ EGMR, S. und Marper-GB vom 04.12.2008, 30562/04 und 30566/04, Abs. 103; vgl. schon Ziff. 6 der Empfehlung R (87) 15 des Europarats vom 17.09.1987 über den Gebrauch personenbezogener Daten im Polizeisektor.

4. Ergebnis

Das angefochtene Zustimmungsgesetz verletzt das Fernmeldegeheimnis und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in den folgenden Punkten:

- Das ratifizierte Übereinkommen ermächtigt und verpflichtet deutsche Rechtshilfestellen zu unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffen zur Erledigung ausländischer Ersuchen (Art. 29, 30 CCC). Es ermächtigt ausländische Vertragsstaaten auch unmittelbar zu unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffen (Art. 32 CCC).
- Das ratifizierte Übereinkommen ermächtigt und verpflichtet deutsche Rechtshilfestellen zur Auslieferung von Informationen an Staaten, in denen die weitere Verwendung der Informationen nicht an den Erhebungszweck gebunden ist. Es ermächtigt ausländische Vertragsstaaten auch unmittelbar zur Erhebung von Informationen, ohne dass die weitere Verwendung der Informationen an den Erhebungszweck gebunden ist (Art. 32 CCC). Schließlich unterliegen die zum Zweck der Rechtshilfeleistung erhobenen Informationen selbst in Deutschland keiner Zweckbindung.
- Das ratifizierte Übereinkommen ermächtigt und verpflichtet deutsche Rechtshilfebehörden zur Auslieferung von Informationen an Staaten, in denen die Rechtmäßigkeit der Informationserhebung und -verwendung nicht durch eine unabhängige Aufsichtsbehörde kontrolliert wird. Es ermächtigt ausländische Vertragsstaaten, in denen keine unabhängige Aufsichtsbehörde besteht, auch unmittelbar zur Erhebung von Informationen (Art. 32 CCC).
- Das ratifizierte Übereinkommen ermächtigt und verpflichtet deutsche Rechtshilfebehörden zur Auslieferung von Informationen an Staaten, die dem Betroffenen keinen Anspruch auf Auskunft über gesammelte Informationen, auf Berichtigung falscher Informationen und auf Löschung illegal aufbewahrter Informationen geben. Es ermächtigt ausländische Vertragsstaaten auch unmittelbar zur Erhebung von Informationen, ohne einen Anspruch auf Auskunft über gesammelte Informationen, auf Berichtigung falscher Informationen und auf Löschung illegal aufbewahrter Informationen vorzusehen (Art. 32 CCC).

Das angefochtene Zustimmungsgesetz verletzt das Fernmeldegeheimnis darüber hinaus in den folgenden Punkten:

- Das Zitiergebot ist verletzt.
- Das ratifizierte Übereinkommen ermächtigt und verpflichtet deutsche Rechtshilfestellen zur Auslieferung von Informationen über den Fernmeldeverkehr an Staaten, in denen die weitere Verwendung der Informationen nicht protokolliert wird. Es ermächtigt ausländische Vertragsstaaten auch unmittelbar zur Erhebung von Informationen über den Fernmeldeverkehr, ohne sie zur Protokollierung der Informationsverwendung zu verpflichten (Art. 32 CCC). Schließlich sind auch die deutschen Rechtshilfestellen nicht

normenklar verpflichtet, die Verwendung zum Zweck der Rechtshilfeleistung erhobener Verkehrsdaten zu protokollieren.

- Das ratifizierte Übereinkommen ermächtigt und verpflichtet deutsche Rechtshilfestellen zur Auslieferung von Informationen über den Fernmeldeverkehr an Staaten, ohne die Benachrichtigung der Betroffenen von dem Grundrechtseingriff zu gewährleisten. Es ermächtigt ausländische Vertragsstaaten auch unmittelbar zur Erhebung von Informationen über den Fernmeldeverkehr, ohne sie zur Benachrichtigung der Betroffenen zu verpflichten (Art. 32 CCC).

II. Verletzung des Artikel 13 GG

Den Schutz des Artikel 13 genießen Computerdaten, die in einer Wohnung aufbewahrt werden oder von einer Wohnung aus zugänglich sind. Indem das Abkommen vom 23.11.2001 zum Zugriff auf solche Computerdaten ermächtigt und verpflichtet, greift es in die Unverletzlichkeit der Wohnung ein. Dieser Eingriff ist aus den selben Gründen nicht mit dem Grundgesetz vereinbar wie die Beschränkung des Fernmeldegeheimnisses (Verletzung von Zitiergebot, Verhältnismäßigkeitsgebot, Zweckbindung, Protokollierungsgebot, Benachrichtigungspflicht, keine unabhängige Aufsicht und keine Ansprüche auf Auskunft, Berichtigung und Löschung). Insoweit wird auf die obigen Ausführungen zu Artikel 10 Bezug genommen,³⁰⁰ die für informationelle Eingriffe in Artikel 13 entsprechend gelten.

III. Verletzung der Artikel 1 Abs. 1, 101, 102, 104 GG

Das angefochtene Zustimmungsgesetz verletzt die Menschenwürde, das Verbot von Ausnahmegewalt, das Verbot der Todesstrafe und den Schutz vor Freiheitsentziehung.

Wie bereits ausgeführt, schützen die Grundrechte nicht nur vor den unmittelbaren Handlungen der deutschen Staatsgewalt. Ihr Schutz erstreckt sich vielmehr auch auf die typischen und vorhersehbaren Folgen der Handlungen deutscher Staatsgewalt, insbesondere bei der Auslieferung von Informationen in das Ausland.³⁰¹ Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht für den Auslieferungsverkehr bereits entschieden, dass die „unabdingbaren Grundsätze der verfassungsrechtlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland“ im ersuchenden Staat gewahrt sein müssen und daher etwa die in Betracht kommende Strafe „nicht grausam, unmenschlich oder erniedrigend sein darf“.³⁰²

Gerade die nach dem Abkommen gebotene Auslieferung von Informationen an die USA zieht hingegen typischerweise und vorhersehbar Verletzungen der in Art. 1 Abs. 1, 101, 102, 104 GG garantierten Menschenrechte nach sich, nicht nur im Bereich des US-amerikanischen „Krieges gegen Terror“. Zahllose Beispiele dokumentieren, was gängige

³⁰⁰ Seite 15 ff.

³⁰¹ Seite 12 ff.

³⁰² BVerfGE 75, 1 (16).

Praktiken US-amerikanischer Behörden und Dienste sind: Die Inhaftierung Einreisender aus Europa ohne Angabe von Gründen, ohne Kontakt zur Außenwelt und ohne medizinische Versorgung; die flächendeckende Überwachung unbescholtener Privatpersonen und Unternehmen aus Europa mithilfe von Finanzdaten (SWIFT) und globaler Telekommunikationsüberwachung (ECHELON); die Verhängung von Flugverboten und Finanzsperren ohne gerichtliche Verfahren; die Hinrichtung von Europäern (Todesstrafe); die Verschleppung von Menschen aus Europa in Lager außerhalb der USA, in denen sie auf unbegrenzte Zeit, ohne gerichtlichen Haftbefehl und unter Anwendung von Foltermethoden festgehalten werden.

Jede deutsche Auslieferung von Informationen über Europäer stellt eine Beihilfe zu nachfolgenden Verletzungen ihrer Menschenrechte im Wege der beschriebenen US-Praktiken dar. In Anbetracht des dortigen Grundrechtsschutzniveaus kann eine Informationsauslieferung an die USA allenfalls in Notstandsfällen, also etwa zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr, gerechtfertigt sein. Im Übrigen muss eine Zusammenarbeit mit den USA ausgeschlossen sein, um die Sicherheit und die Grundrechte der von Informationsübermittlungen Betroffenen zu gewährleisten.

Eine solche systematische Zurückweisung US-amerikanischer Ersuchen, weil ihre Erfüllung stets die Gefahr einer ungesetzlichen Freiheitsentziehung oder ein rechtsstaatswidriges Verfahren mit sich bringt, ermöglicht das angefochtene Abkommen nicht. Auch soweit nach dem Abkommen der *ordre public*-Vorbehalt greift, hat der deutsche Gesetzgeber nicht dafür gesorgt, dass er von den zuständigen Rechtshilfebehörden grundrechtswahrend angewandt wird. Eine grundrechtswahrende Anwendung erfordert einen Ausschluss jeder Informationsauslieferung an die USA, in denen neben dem mangelnden Datenschutzniveau vor allem auch ein mangelndes Grundrechtsschutzniveau gegeben ist.

Dem Bundesverfassungsgericht zufolge muss der Gesetzgeber im Wege eines „gesetzlichen Prüfungsprogramms“ sicher stellen, dass die grundrechtlich gebotene Prüfung auch tatsächlich erfolgt.³⁰³ Er muss die Entscheidung durch eine verständliche Regelung hinreichend vorherbestimmen.³⁰⁴ Für Ersuchen nach dem angefochtenen Abkommen hat der Gesetzgeber indes nicht mit hinreichender Klarheit angeordnet, dass nur an Staaten, in denen ein dem Grundgesetz entsprechender Grundrechtsschutz gewährleistet ist, Informationen ausgeliefert werden dürfen. Er hat außerdem versäumt, ein Verfahren vorzusehen, in dem Staaten auf ihren Grundrechtsschutz überprüft werden und in dem das Ergebnis für die Rechtshilfebehörden verbindlich festgelegt wird. Nur durch eine solche Liste von Staaten mit „ausreichendem Grundrechtsschutz“ ist ein wirksamer Schutz vor Folter, Aus-

³⁰³ Vgl. BVerfGE 113, 273 (303 f.).

³⁰⁴ Vgl. BVerfGE 113, 273 (315 f.).

nahmegegerichten, Todesstrafe und Erschießungen sowie ungesetzlicher Verbringung und Gefangenhaltung infolge von Rechtshilfeleistungen zu gewährleisten.

Das Europäische Parlament hat in seiner Entschließung zum Rechtshilfeübereinkommen mit den USA vom 03.06.2003 festgehalten, dass bei der Gewährung von Rechtshilfe „die EMRK [...] uneingeschränkt zu achten“ ist in dem Sinne, dass die Mindestgarantien der EMRK im ersuchenden Staat gewährleistet sein müssen.³⁰⁵ Es hat festgehalten, dass „das Rechtssystem einiger US-amerikanischer Bundesstaaten nicht das gleiche Niveau an Garantien aufweist wie die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)“.³⁰⁶

Der Sonderberichterstatter der Vereinten Nationen für den Schutz und die Förderung der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Vorgehen gegen Terrorismus Martin Scheinin stellte 2007 „schwerwiegende Fälle der Unvereinbarkeit internationaler Menschenrechtsverpflichtungen mit den Anti-Terror-Gesetzen und -Praktiken der Vereinigten Staaten“ fest und führte aus: „Zu diesen Fällen zählen das Verbot von Folter und grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung; das Recht auf Leben; und das Recht auf ein faires Verfahren.“ Als weitere Menschenrechtsverstöße identifizierte er „Gesetze und Praktiken der Vereinigten Staaten bezüglich des Grundsatzes der Nicht-Zurückweisung; der Verschleppung von Personen an Orte der geheimen Gefangenhaltung; die Definition von Terrorismus; Nichtdiskriminierung; Sicherungen bei der Anwendung der Einwanderungsgesetze; und die Sammlung privater Daten von Personen sowie die gesetzwidrige Überwachung von Personen einschließlich des Fehlens ausreichender diesbezüglicher Sicherungen.“³⁰⁷

In ihrer Stellungnahme zu dem Bericht³⁰⁸ bekräftigten die USA ihre Position, wonach die Menschenrechte außerhalb des Territoriums der USA keine Anwendung fänden; wonach „rechtswidrige feindliche Kämpfer“ („unlawful enemy combatants“) weder die Rechte von Zivilisten noch von Kriegsgefangenen nach der Genfer Konvention hätten; wonach auch Personen, die nie gegen Gesetze verstoßen haben, im „Krieg gegen den Terrorismus“ festgehalten werden dürften und keinen Anspruch auf Verfahren vor den ordentlichen Gerichten innerhalb angemessener Zeit oder auf anwaltlichen Beistand hätten; wonach im „Krieg gegen den Terrorismus“ Kriegsrecht Anwendung finde und Menschenrechte wie die

³⁰⁵ Empfehlung vom 03.06.2003, 2003/2003(INI), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2003-0239+0+DOC+XML+V0//DE>, Erwägungsgrund E.

³⁰⁶ Empfehlung vom 03.06.2003, 2003/2003(INI), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2003-0239+0+DOC+XML+V0//DE>, Erwägungsgrund E.

³⁰⁷ Scheinin, Report vom 22.11.2007, <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/6/17/Add.3&Lang=E>.

³⁰⁸ Vereinigte Staaten, Kommentare zum Bericht, <http://geneva.usmission.gov/Press2007/Scheinin-Response-HRC.pdf>.

des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte keine Anwendung fänden; wonach im „Krieg gegen den Terrorismus“ kein Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz bestehe; wonach all dies auch für Kinder gelte; wonach ausländische Gefangenenlager wie Guantanamo bis zur Einrichtung einer Alternative beibehalten würden; wonach „Militärkommissionen“ selbst die Todesstrafe über „unrechtmäßige feindliche Kämpfer“ verhängen dürften; wonach als Folter nur solche Praktiken anzusehen seien, die nach der US-amerikanischen Verfassung verboten seien; wonach die gezielte militärische Tötung angeblicher Terroristen („feindlicher Kämpfer“) außerhalb gerichtlicher Verfahren im „Krieg gegen den Terrorismus“ zulässig sei; wonach die Verbringung von Personen in andere Staaten keineswegs nur zur Durchführung eines ordentlichen Gerichtsverfahrens gegen die Personen zulässig sei; wonach die Überwachung von Telekommunikation mit vermuteten Al Quaida-Mitgliedern ohne gesetzliche Grundlage und ohne richterliche Anordnung zulässig sei. Von den USA angewandte Verhörmethoden schließen Schlafentzug; Demütigungen einschließlich sexueller Art; Reizentzug durch Atemmaske, Augenbinde und Hörschutz; Stresstechniken durch Anwendung extremer Hitze oder Kälte, Dauerbeleuchtung oder Lärm sowie die Simulation des Ertrinkens („Waterboarding“) oder des Erschießens ein.

Vor dem Hintergrund dieser systematischen Grund- und Menschenrechtsverletzungen durch die USA ist eine Zusammenarbeit Deutschlands mit diesen – einschließlich Informationsauslieferungen – mit den Grundrechten unvereinbar und den betroffenen Grundrechtsträgern unzumutbar. Bloße Vereinbarungen mit oder gar nur einseitige Zusicherungen von US-amerikanischen Stellen können eine Grundrechtsgarantie systembedingt nicht bieten. Exekutivorgane können die erforderlichen Sicherungen wegen entgegen stehender nationaler Gesetze nicht gewährleisten. Beispielsweise kann die unter dem Grundgesetz zwingende unabhängige Datenschutzaufsicht von den USA nicht zugesichert werden, weil eine solche dort gesetzlich nicht vorgesehen ist. Aus demselben Grund kann ein effektiver Rechtsschutz von den USA nicht zugesichert werden. Zusicherungen US-amerikanischer Behörden kann auch nicht „mangels entgegen stehender Anhaltspunkte“ im Einzelfall einfach „ins Blaue hinein“ geglaubt werden, wenn „entgegen stehende Anhaltspunkte“ mangels wirksamer Kontrollmechanismen überhaupt nicht gewonnen werden können. Das Recht auf eine unabhängige Aufsicht und das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz dienen gerade der Kontrolle des Grundrechtsschutzes und sind nicht im Sinne eines falsch verstandenen Vertrauens oder „Völkerrechtsfreundlichkeit“ verzichtbar. Bei der Auslieferung von Personen mag es Deutschland über konsularische Rechte noch einigermaßen möglich sein, die weitere Behandlung des Betroffenen zu überprüfen und zu verfolgen (obwohl die USA in der Vergangenheit auch die konsularischen Rechte Deutschlands missachtet haben, weswegen schon Klage vor dem Internationalen Gerichtshof erhoben werden musste). Bei der Weitergabe von Informationen kann Deutschland deren weitere

Verwendung jedenfalls in keiner Weise kontrollieren, so dass eine Kontrolle durch unabhängige Datenschutzbeauftragte und die Gerichte vor Ort unabdingbar ist.

Die Gefahr einer deutschen Verursachung von Menschenrechtsverletzungen durch US-amerikanische Stellen ist auch nicht nur theoretisch. Ausweislich eines Berichts an den Europarat haben die USA über 100 Personen aus Europa verschleppt. Es sind verschiedentlich Vorwürfe laut geworden, wonach Informationen von deutschen Behörden zu solchen Entführungen Anlass gegeben haben. Nach einem Bericht des SPIEGEL ONLINE vom 06.01.2007³⁰⁹ hat das Bundeskriminalamt etwa dem amerikanischen FBI am 26. November 2001 den Aufenthaltsort des Hamburger Bürgers Muhammad Haidar Zammar und dessen Flugdaten übermittelt und somit die Gefangennahme des Deutschen im Ausland und dessen anschließende Verbringung in ein syrisches Foltergefängnis durch die CIA erst ermöglicht. Als weiterer Fall, der allerdings nicht den Bereich der Strafverfolgung betrifft, sind die BND-Agenten zu nennen, die den USA aus Bagdad Informationen ausgeliefert haben, welche von den USA zur Führung eines völkerrechtswidrigen Angriffskriegs gegen den Irak genutzt worden sind.

Wo die Menschenwürde und damit die zentrale Verpflichtung aller Staatsgewalt auf dem Spiel steht, können solche Fälle nicht als „Einzelfälle“ abgetan werden, die einer Zusammenarbeit mit den USA grundsätzlich nicht entgegen stünden. Vielmehr ist Deutschland verpflichtet, alles zu unterlassen, was Verletzungen der Menschenwürde nach sich ziehen kann. Deutschland darf Informationen daher nur an Staaten ausliefern, in denen die Menschenwürde geachtet wird, gerade vor dem Hintergrund unserer historischen Erfahrungen.

Angesichts der deutschen Beihilfe zu Menschenrechtsverletzungen der USA in den letzten Jahren ist es dringend erforderlich, der Bundesregierung ihre grundrechtlichen Verpflichtungen in diesem Zusammenhang in Erinnerung zu rufen und das Erfordernis eines dem Grundgesetz entsprechenden Grundrechtsschutzes als Voraussetzung einer Zusammenarbeit mit ausländischen Mächten anzuerkennen. Dies gilt selbstverständlich nicht nur für die Zusammenarbeit mit den USA, sondern auch mit anderen Vertragsstaaten des Abkommens vom 23.11.2001 wie Russland oder den Philippinen.

IV. Verletzung des Artikel 19 Abs. 4 GG

Das angefochtene Zustimmungsgesetz verletzt das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz. Es gewährleistet nicht, dass die von den Art. 25 ff. CCC Betroffenen gegen Grundrechtsverletzungen der übrigen Vertragsstaaten, welche die deutsche Staatsgewalt zurechenbar herbei geführt hat, effektiv vorgehen können.

Nach Art. 19 Abs. 4 GG hat jeder das Recht, vor den Gerichten eine Verletzung seiner Rechte durch die öffentliche Gewalt geltend zu machen und dagegen effektiv vorzugehen.

³⁰⁹ <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,458108,00.html>.

Effektiver Rechtsschutz bedeutet unter anderem, dass die Entscheidung des Gerichts für die verantwortliche Stelle verbindlich sein muss.

Rechtsverletzung im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG sind Verstöße gegen die oben genannten materiellen Garantien der Grundrechte und die verfahrensrechtlichen Sicherungen im Fall ihrer Einschränkung.³¹⁰ Effektiver Rechtsschutz gegen Grundrechtsverletzungen bedeutet also Rechtsschutz etwa gegen Zweckentfremdung von Daten, gegen Verletzungen der Protokollierungspflicht, des Benachrichtigungs-, Auskunfts-, Berichtigungs- und Löschungsanspruchs sowie des Anspruchs auf eine unabhängige Kontrollstelle. Mit anderen Worten müssen die grundrechtlichen Gewährleistungen klagbar und als subjektive Rechte ausgestaltet sein.

Effektiver Rechtsschutz ist primär gegen Rechtsverletzungen der deutschen Staatsgewalt gewährleistet. Überträgt aber der deutsche Staat gegen den Willen des Grundrechtsträgers die Kontrolle über eine grundrechtlich geschützte Position einem Dritten, so gewährleistet Art. 19 Abs. 4 GG auch effektiven Rechtsschutz gegen Grundrechtsverletzungen durch den Dritten.³¹¹ Auch wenn dieser selbst nicht an die Grundrechte gebunden ist, ist sein typisches und vorhersehbares Verhalten dem deutschen Staat als mittelbare Folge dessen Grundrechtseingriffs zuzurechnen.³¹² Das Bundesverfassungsgericht hat ausgesprochen, die Übertragung der Kontrolle über Grundrechtspositionen würde „in aller Regel einen Individualrechtsschutz durch unabhängige Gerichte gebieten, die mit hinlänglicher Gerichtsbarkeit, insbesondere mit einer dem Rechtsschutzbegehren angemessenen Prüfungs- und Entscheidungsmacht über tatsächliche und rechtliche Fragen ausgerüstet sind, auf Grund eines gehörigen Verfahrens entscheiden, das rechtliches Gehör, dem Streitgegenstand angemessene Angriffs- und Verteidigungsmittel und frei gewählten, kundigen Beistand ermöglicht und deren Entscheidungen gegebenenfalls die Verletzung eines Grundrechts sachgerecht und wirksam sanktionieren.“³¹³

Das angefochtene Zustimmungsgesetz verletzt das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz. Es gewährleistet nicht, dass die von den Art. 25 ff. CCC Betroffenen gegen Grundrechtsverletzungen der übrigen Vertragsstaaten effektiv vorgehen können. Dies ist auch nicht im innerstaatlichen Recht aller Vertragsstaaten vorgesehen.

Beispielsweise in den USA ist für Nicht-US-Bürger ein effektiver Rechtsschutz nicht gewährleistet. Europäer haben dort kein effektives Recht, unabhängige Gerichte anzurufen, um sich gegen irrtümliche oder sonst illegale Maßnahmen der US-Behörden zu wehren.

³¹⁰ Seite 20 ff.

³¹¹ A.A. wohl BVerfG, NJW 2005, 3483.

³¹² Seite 12 ff.

³¹³ BVerfGE 73, 339 (376).

Dementsprechend ist beispielsweise der Versuch des Deutschen Khaled El-Masri gescheitert, vor den US-amerikanischen Gerichten Entschädigung einzuklagen. El-Masri wurde vom CIA gegen seinen Willen aus Mazedonien nach Kabul verbracht und dort wochenlang festgehalten. Im Gewahrsam der CIA wurde er misshandelt, geschlagen, mit Drogen behandelt, gefesselt, mit verbundenen Augen transportiert. Jeder Kontakt nach außen wurde ihm verweigert. Diese Behandlung erfolgte im Rahmen eines US-Programms zur systematischen, außerordentlichen Verschleppung („extraordinary rendition“) von Personen, die terroristischer Aktivitäten verdächtigt und von den USA unter Verstoß gegen zahlreiche Menschenrechte festgenommen, verbracht, verhört und gefoltert wurden.

Die Entschädigungsklage El-Masris in den USA wurde ohne Prüfung seiner Begehre wegen des „Staats sicherheitsprivilegs“ der US-amerikanischen Regierung abgewiesen, in letzter Instanz vom Obersten Gerichtshof der USA, dem US Supreme Court. Das in einer Grundsatzentscheidung des Supreme Court von 1953 (United States v. Reynolds) anerkannte Staats sicherheitsprivileg besagt, dass die US-amerikanischen Gerichte keinen Beweis über Tatsachen erheben dürfen, die „im Interesse der nationalen Sicherheit nicht bekannt“ werden sollen. Falls ein Verfahren zentral ein solches Staatsgeheimnis zum Gegenstand hat, sei es ohne weitere Prüfung abzuweisen, wenn sich die Regierung auf das Staats sicherheitsprivileg berufe. Auch ein In-Camera-Verfahren lassen die US-amerikanischen Gerichte nicht zu. Im Fall El-Masris entschied das Berufungsgericht zudem, dass das Staats sicherheitsprivileg einer Abwägung gegen die Interessen des Klägers nicht zugänglich sei. Das Gericht führte weiter aus, nach US-amerikanischen Recht sei es nicht Aufgabe der Gerichte, Exzesse der vollziehenden Gewalt zu verhindern. Den Gerichten sei von der US-amerikanischen Verfassung vielmehr nur eine „bescheidene Rolle“ zugewiesen.³¹⁴

Wegen dieses mangelhaften Rechtsschutzes in den USA scheitern reihenweise Klagen gegen Menschenrechtsverletzungen der US-amerikanischen Regierung. Beispielsweise blieb der Versuch der Amerikanischen Union für Bürgerliche Freiheiten (ACLU) erfolglos, gegen ein US-Programm zur geheimen Massensammlung und Auswertung von Telekommunikationsverkehrsdaten zu klagen.

Die Situation in den USA ähnelt derjenigen in Großbritannien vor Inkrafttreten der Europäischen Menschenrechtskonvention. Erst mit deren Inkrafttreten wurden Grundrechtsverletzungen in Großbritannien justiziabel. Die USA haben die Amerikanische Menschenrechtskonvention (American Convention on Human Rights) demgegenüber bis heute nicht ratifiziert. Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte ist von den USA nur mit dem Vorbehalt ratifiziert worden, dass das Übereinkommen nicht unmittelbar anwendbar sei („not self-executing“), so dass bei Klagen Einzelner vor Gericht keine Rechte dar-

³¹⁴ US Court of Appeals, 06-1667 vom 02.03.2007, <http://pacer.ca4.uscourts.gov/opinion.pdf/061667.P.pdf>.

aus hergeleitet werden können. Dass auch die Grundrechte der US-amerikanischen Verfassung nicht hinreichend justiziabel sind, ist bereits ausgeführt worden. Wegen des Staatssicherheitsprivilegs der USA kann gegen Grundrechtsverstöße dort in weitem Umfang nicht vorgegangen werden.

Liefert Deutschland etwa in Erfüllung eines US-amerikanischen Rechtshilfeersuchens betreffs eines Strafverfahrens Informationen über eine Person aus, werden diese Informationen aber unter einem „Terrorismusbekämpfungsprogramm“ an andere Stellen weiter gegeben und dort zu ganz anderen Zwecken verwendet oder führen sie gar zu rechtswidrigen Eingriffen in andere Grundrechte (z.B. Verfahren vor einem Sondergericht, unbefristete Freiheitsentziehung, Entführung), so fallen all diese Rechtsverletzungen unter das Staatssicherheitsprivileg und entziehen sich damit eines effektiven Rechtsschutzes. Dass der Betroffene möglicherweise in Deutschland klagen kann, gewährleistet keinen effektiven Rechtsschutz, weil die USA an ein deutsches Urteil nicht gebunden sind.

Neben dem Staatssicherheitsprivileg ist der Rechtsschutz in den USA auch territorial unzureichend. Anders als etwa die Europäische Menschenrechtskonvention gewährleistet das US-amerikanische Recht keinen durchgängigen Rechtsschutz gegen staatliche Maßnahmen außerhalb des US-amerikanischen Staatsgebiets (Territorialitätsprinzip). Dies hat zu den unbeschreiblichen und menschenverachtenden Exzessen in von den USA weltweit betriebenen Geheimgefängnissen wie Guantanamo und Abu Ghuraib geführt.

Eine weitere Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG liegt darin, dass die Ausprägungen der Grundrechte der Betroffenen, soweit sie das Abkommen vom 23.11.2001 überhaupt gewährleistet, nicht als subjektive Rechte ausgestaltet und damit gegen Verstöße kein Rechtsweg offen steht. Das Abkommen sieht zwar beispielsweise in Art. 28 Abs. 3 CCC vor, dass ein Staat an übernommene Bedingungen hinsichtlich der Verwendung ausgelieferter Informationen gebunden ist. Subjektiven Rechtsschutz gegen Verstöße hiergegen gewährleistet das Abkommen aber nicht. Ein solcher Rechtsschutz ist auch nicht im innerstaatlichen Recht aller Vertragsparteien vorgesehen, beispielsweise nicht in den USA. In den USA sind Zusagen der Exekutive gegenüber Drittstaaten nicht einklagbar, auch wenn sie dem Schutz der Grundrechte der Betroffenen dienen, also drittschützend sind. Die USA behandeln selbst förmliche Rechtshilfeübereinkommen als innerstaatlich unverbindlich und machen geltend, der Einzelne könne daraus keine Rechte herleiten. Das angefochtene Übereinkommen hätte daher neben den materiell gebotenen Sicherungen³¹⁵ auch festlegen müssen, dass der Einzelne einen einklagbaren Anspruch auf ihre Einhaltung hat.

V. Zusammenfassung

a) Die Grundrechte schützen davor, dass die deutsche Staatsgewalt internationale Verpflichtungen eingeht, die sie ganz oder teilweise nur unter Verletzung der Grundrechte er-

³¹⁵ Seite 20 ff.

füllen kann. Die Grundrechte schützen außerdem davor, dass die deutsche Staatsgewalt Grundrechtsverletzungen durch ausländische Staaten zurechenbar herbeiführt.

b) Als Grundrechtseingriff der deutschen Staatsgewalt zuzurechnen sind solche Maßnahmen ausländischer Staaten, welche die typische und vorhersehbare Folge von Handlungen der deutschen Staatsgewalt sind oder in denen sich ein von Anfang an bestehendes „echtes Risiko“ einer solchen Folgemaßnahme verwirklicht.

c) Die Besonderheiten der internationalen Zusammenarbeit rechtfertigen es nicht, zurechenbare Folgemaßnahmen ausländischer Staaten an einem – im Vergleich zu unmittelbaren innerdeutschen Grundrechtseingriffen – von vornherein minderen Grundrechtsstandard zu messen.

d) In keinem Fall darf die deutsche Staatsgewalt Grundrechtseingriffe durch ausländische Staaten zurechenbar herbeiführen, die gegen Deutschlands bestehende völkerrechtliche Verpflichtungen zur Wahrung der Menschenrechte verstoßen, namentlich gegen die Europäische Menschenrechtskonvention.

e) Interessen der Allgemeinheit rechtfertigen eine grundrechtseingreifende Zusammenarbeit mit Staaten, welche ihrerseits die Grundrechte schützen - und zwar sowohl durch materielle Regeln als auch durch ein Verfahren zur Kontrolle ihrer Einhaltung - in einer Art, die wenigstens als gleichwertig zu dem vom Grundgesetz gewährten Schutz anzusehen ist, soweit nicht trotz des generell gleichwertigen Schutzniveaus im Einzelfall gleichwohl eine Grundrechtsverletzung durch den ausländischen Staat zu befürchten ist.

f) Grundrechtspositionen Dritter rechtfertigen eine Zusammenarbeit mit Staaten ohne gleichwertigen Grundrechtsschutz im Notstandsfall zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit, soweit nicht eine Verletzung der Menschenwürde durch den ausländischen Staat zu besorgen ist.

g) Im Übrigen ist eine Zusammenarbeit mit Staaten ohne gleichwertigen Grundrechtsschutz nicht gerechtfertigt.

h) Das hier angefochtene Zustimmungsgesetz verletzt das Zitiergebot (Art. 19 GG), weil es das Fernmeldegeheimnis und die Unverletzlichkeit der Wohnung einschränkt, ohne diese ausdrücklich zu benennen.

i) Das Zustimmungsgesetz verletzt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2, 1 GG), das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG), die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG), das Recht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) und weitere Grundrechte, weil es Grundrechtsverletzungen zurechenbar nach sich zieht, die sich auch durch eine möglichst grundrechtsschonende Umsetzung und Anwendung des Abkommens vom 23.11.2001 nicht vermeiden lassen. Eine zweite Grundrechtsverletzung liegt darin, dass der Gesetzgeber nicht einmal seine wenigen Möglichkeiten ausgeschöpft hat, für eine möglichst grundrechtsschonende Anwendung des Abkommens Sorge zu tragen.

j) Das angefochtene Zustimmungsgesetz beschränkt die genannten Grundrechte unverhältnismäßig weit gehend, indem es die deutschen Rechtshilfestellen zur unmittelbaren Vornahme (mangelnde Eingriffsschwelle für deutsche Rechtshilfehandlungen) und zur mittelbaren Herbeiführung (Informationsweitergabe an Staaten ohne Eingriffsschwelle, Zweckbindung, Protokollierung, Benachrichtigung, Auskunftsanspruch, Berichtigungsanspruch, Beaufsichtigung, Rechtsweg) unverhältnismäßiger Grundrechtseingriffe ohne die gebotenen Sicherungsvorkehrungen zwingt und ermächtigt sowie die übrigen Vertragsstaaten zu unmittelbaren Grundrechtsverletzungen ermächtigt.

Sollte das Hohe Gericht wegen fehlender Ausführungen oder wegen mangelnder Substantiierung unseres Vortrags eine rechtlich nachteilhafte Entscheidung beabsichtigen, so wird um vorherige Gewährung rechtlichen Gehörs gebeten, also um einen Hinweis und um Einräumung einer Gelegenheit zur Ergänzung der Ausführungen.

17.03.2009

Datum

Unterschrift des Beschwerdeführers zu 1

17.03.2009

Datum

Unterschrift des Beschwerdeführers zu 2