

SEBASTIAN LEUSCHNER

Sicherheit als Grundsatz

Internet und Gesellschaft

10

Mohr Siebeck

Internet und Gesellschaft

Schriften des Alexander von Humboldt Institut
für Internet und Gesellschaft

Herausgegeben von
Jeanette Hofmann, Ingolf Pernice,
Thomas Schildhauer und Wolfgang Schulz

10



Sebastian Leuschner

Sicherheit als Grundsatz

Eine grundrechtsdogmatische Rekonstruktion im
Unionsrecht am Beispiel der Cybersicherheit

Mohr Siebeck

Sebastian Leuschner, geboren 1985; Studium der European Studies an der Universität Magdeburg und der Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin; Wiss. Mitarbeiter am Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht der HU Berlin; Wiss. Mitarbeiter am Alexander von Humboldt-Institut für Internet und Gesellschaft, Berlin; 2017 Promotion; seit 2016 Referendar am KG Berlin.

ISBN 978-3-16-155515-2 / eISBN 978-3-16-156843-5
ISSN 2199-0344 (Internet und Gesellschaft)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin im Herbst 2016 als Dissertation angenommen und ist im Rahmen des *Kompetenznetzwerks für das Recht der zivilen Sicherheit in Europa* (KORSE) entstanden, einem vom Bundesministerium für Bildung und Forschung geförderten Forschungsnetzwerk der *Albert-Ludwigs-Universität* Freiburg, der *Humboldt-Universität* zu Berlin, der *Hochschule der Polizei* Münster und der *Bucerius Law School* Hamburg. Systematisch berücksichtigt wurden Literatur und Rechtsprechung bis November 2016.

Ich danke vor allem meinem Doktorvater Prof. Dr. Dr. h. c. *Ingolf Pernice* für die intensive Betreuung der Arbeit, für unzählige Ideen, Impulse und Anregungen für Thesen und Gedanken sowohl in persönlichen Gesprächen die Dissertation betreffend als auch darüber hinaus. Ihm habe ich viel zu verdanken, und ohne sein Engagement, seine Unterstützung und seine Förderung über viele Jahre nicht nur während, sondern auch bereits lange vor der Promotionszeit, wäre diese Arbeit nie zustande gekommen. Mein besonderer Dank gilt daneben auch der (neben *Ingolf Pernice* weiteren) Direktorin und den weiteren Direktoren des KORSE-Projekts, Prof. Dr. *Ralf Poscher*, Prof. Dr. *Dieter Kugelmann*, Prof. Dr. *Doris König*.

Danken möchte ich daneben auch meiner Kollegin *Emma Peters* sowie meinen Kollegen *Hannfried Leisterer* und *Adrian Haase* für viele interessante und hilfreiche Gespräche und die tolle gemeinsame Promotionszeit.

Daneben schulde ich auch dem gesamten Mitarbeiterstab des Alexander von Humboldt-Instituts für Internet und Gesellschaft meinen verbindlichsten Dank. Das Institut hat einen finanziellen und vor allem ideellen Rahmen für meine Forschungen geschaffen, ohne den die Arbeit in dieser Form nicht zustande gekommen wäre. Die Arbeit am Institut und der Austausch mit den Kolleg_innen dort eröffnete mir das Potential der interdisziplinären Perspektive auf das Recht. Bessere Promotionsbedingungen kann sich ein Doktorand nicht wünschen.

Schließlich möchte ich auch den studentischen Hilfskräften *Maria Rothämel*, *Hanna Soditt* und *Theresa Behrendt* danken. Auch ihre Unterstützung durch Recherchen, Korrekturaufgaben und vielem mehr war für das Zustandekommen der Arbeit essentiell.

„Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs stellt die Bekämpfung des internationalen Terrorismus zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit eine dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung der Union dar [.]. Das Gleiche gilt für die Bekämpfung schwerer Kriminalität zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit [.]. Im Übrigen ist insoweit festzustellen, dass nach Art. 6 der Charta jeder Mensch nicht nur das Recht auf Freiheit, sondern auch auf Sicherheit hat.“

(EuGH, Urt. v. 08.04.2014, verb. Rs. C-293/12 u. C-549/12 – *Digital Rights Ireland*)

Abstract

In der Grundrechtsdogmatik ist seit einiger Zeit ein Prozess der Vergrundrechtlichung des staatlichen und europäischen Gewährleistungsziels Sicherheit zu beobachten. Die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit wird von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft nicht mehr nur als legitimer Zweck zur Rechtfertigung umfassender Grundrechtsbeschränkungen anerkannt. Vielmehr gewinnt die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht an Bedeutung. Die Grundrechte werden zunehmend als Argument für die Begründung (oder zumindest ihren Versuch) mehr oder weniger dichter verfassungsrechtlicher Pflichten von Staat und EU herangezogen, bestimmte Sicherheitsmaßnahmen zu ergreifen. In seinem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung hat der Europäische Gerichtshof erstmals und danach wiederholt gar ein eigenständiges Grundrecht auf Sicherheit erwähnt, welches er aus Art. 6 der EU-Grundrechtecharta ableiten will. Die Anerkennung eines solchen Grundrechts ist die konsequente Fortführung der Vergrundrechtlichung der Sicherheitspolitik. Begleitet wird diese Vergrundrechtlichung von Versicherheitlichungsprozessen, die Unsicherheiten und damit bestimmte Schutzbedürftigkeiten in Grund und Ausmaß oft nur behaupten.

Indes zeichnet sich das Gewährleistungsziel Sicherheit soziologisch und politologisch betrachtet durch eine besondere Aushandlungsbedürftigkeit aus. Die Behauptung immer umfassenderer grundrechtlicher Schutzgehalte zur Sicherheitsgewährleistung wird dieser Erkenntnis nicht gerecht und erweist sich deshalb als grundrechtsdogmatischer Irrweg. Die Arbeit kritisiert vor diesem Hintergrund die Idee von der Sicherheit als Inhalt grundrechtlicher Schutzansprüche im Unionsrecht und zeigt ihre Widersprüche zu den unionsverfassungsrechtlichen Prinzipien der Demokratie und Gewaltenteilung auf. Auf dieser Grundlage entwickelt sie hierzu eine grundrechtsdogmatische Alternative: Den unionsrechtlichen Sicherheitsgrundsatz. Die Grundrechtecharta führt mit den Grundsätzen eine neue, neben den Grundrechten stehende, grundrechtsähnliche Normenkategorie ein. Diese kann fruchtbar gemacht werden, um der – so die These der Arbeit – besonderen Aushandlungsbedürftigkeit des öffentlichen Gewährleistungsziels Sicherheit eher gerecht zu werden.

Veranschaulicht wird die behandelte Problematik am Beispiel der europäischen Cybersicherheitsgesetzgebung. Insbesondere nach den Snowden-Enthüllungen finden sich in den wissenschaftlichen und politischen Debatten zunehmend Rekurse auf grundrechtliche Schutzpflichten, die bestimmte

Sicherheitsmaßnahmen wie etwa den Abschluss völkerrechtlicher Abkommen zur Gewährleistung der Datensicherheit oder gar die Einrichtung eines „Schengen-Routings“, als grundrechtlich zwingend geboten erachten und damit die politische Debatte hierum ein Stück weit auf verfassungsrechtliche Argumente verengen. Hierdurch wird der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit der Cybersicherheit nicht hinreichend Rechnung getragen, zudem kommt es hierdurch zu Tendenzen der Versicherheitlichung. Mit der Anerkennung des unionsrechtlichen Sicherheitsgrundsatzes als grundrechtsdogmatischer Alternative wird der Tendenz der unionsverfassungsrechtlich mit Blick auf die Prinzipien von Demokratie und Gewaltenteilung problematischen Vergrundrechtlichung auch in diesem Bereich effektiv entgegengewirkt.

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
A. Thesen	2
B. Verfassungsrechtliche Perspektive	6
C. Grundrechtecharta als Referenzordnung	8
D. Struktur der Arbeit	11
1. Teil	
Was ist Sicherheit? Sicherheit aus der Grundrechtsperspektive	13
A. Sicherheit und Legitimation	14
B. Sicherheit und Verfassungsrecht	15
C. Sicherheit als Paradoxon	16
D. Sicherheit als kulturelles und soziales Konstrukt	17
E. Sicherheit als besonders aushandlungsbedürftige Sachmaterie	22
F. Zusammenfassung	25
2. Teil	
Klassische grundrechtsdogmatische Figuren der unionsrechtlichen Sicherheitsverfassung	27
A. Sicherheit als legitimer Zweck	27
B. Sicherheit als grundrechtliche Schutzpflicht	43
C. Sicherheit als Grundrecht	72

3. Teil

Sicherheit als Chartagrundsatz und als grundrechtsdogmatische Innovation	111
A. Die Chartagrundsätze als neue Unbekannte der unionalen Grundrechtsordnung	111
B. Ansätze einer allgemeinen Lehre von den Chartagrundsätzen	121
C. Probleme und Lösungsansatz	156
D. Die Alternative der Sicherheit als Chartagrundsatz, seine Wirkungen und seine verfassungstextliche Verortung	187
E. Zusammenfassung	202

4. Teil

Die europäische Cybersicherheitsgesetzgebung im Lichte der unterschiedlichen grundrechtsdogmatischen Konzeptionen des Gewährleistungsziels Sicherheit als Beispiel	207
A. Cybersicherheit als umfassendes, weil räumliches Konzept	207
B. Versicherheitlichung und Rights Talk im Bereich der Cybersicherheitsgewährleistung	212
C. Die europäische Cybersicherheitsgesetzgebung im Lichte der verschiedenen grundrechtsdogmatischen Konzeptionen des Gewährleistungsziels Sicherheit	221
Schluss	231
A. Zusammenfassende Thesen	231
B. Ausblick	233
Literaturverzeichnis	237
Sachregister	249

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Thesen	2
I. Die Vergundrechtlichung des Gewährleistungsziels Sicherheit als Problem für Demokratie und Gewaltenteilung	2
II. Sicherheit als besonders aushandlungsbedürftige Sachmaterie	5
III. Der unionsrechtliche Sicherheitsgrundsatz als grundrechtsdogmatische Alternative	6
B. Verfassungsrechtliche Perspektive	6
C. Grundrechtecharta als Referenzordnung	8
D. Struktur der Arbeit	11
1. Teil	
Was ist Sicherheit? Sicherheit aus der Grundrechtsperspektive	13
A. Sicherheit und Legitimation	14
B. Sicherheit und Verfassungsrecht	15
C. Sicherheit als Paradoxon	16
D. Sicherheit als kulturelles und soziales Konstrukt	17
E. Sicherheit als besonders aushandlungsbedürftige Sachmaterie	22
I. Unmöglichkeit der abschließenden verfassungsrechtlichen Definition von Sicherheit als Folge ihr sozialen und kulturellen Konstruktion	23
II. Sicherheit als freiheitlich und demokratisch strukturierter Prozess	24
F. Zusammenfassung	25

2. Teil

Klassische grundrechtsdogmatische Figuren der unionsrechtlichen Sicherheitsverfassung	27
A. Sicherheit als legitimer Zweck	27
I. Sicherheit als legitimer Zweck im Unionsrecht	29
II. Zu große Offenheit gegenüber demokratischen Aushandlungsprozessen	31
III. Mangelnder Freiheitsschutz als Folge richterrechtlicher Nachlässigkeit	32
1. Die Entwertung des legitimen Zwecks im Allgemeinen	32
a. Bisherige „Anspruchslosigkeit“ der Grundrechtsprechung des EuGH im Allgemeinen	33
b. „Anspruchslosigkeit“ der Rechtsprechung zur Legitimität des vorgebrachten Zwecks	34
2. Die Entwertung des Gewährleistungsziels Sicherheit in Gestalt des legitimen Zwecks im Besonderen als Legitimation sozial und kulturell konstruierter Unsicherheiten	38
IV. Zusammenfassung	42
B. Sicherheit als grundrechtliche Schutzpflicht	43
I. Die grundrechtliche Schutzpflicht im Unionsrecht	45
1. Breite Anerkennung im Schrifttum	45
2. Zurückhaltung in der Rechtsprechung der Unionsgerichte ...	50
II. Die grundrechtliche Schutzpflicht in der grundsätzlichen Kritik .	53
1. Freiheitsverkürzung durch Wandel der Grundrechte von Eingriffsverboten in Eingriffsgebote	54
2. Vergrundrechtlichung der Rechtsordnung und der Sicherheitspolitik	56
3. Vergrundrechtlichung als Prozess der Versicherunglichung ...	60
III. Kollektiv-rechtliche Schutzgüter als Alternative	62
1. Die Tendenz des EuGH zum kollektiv-rechtlichen Ansatz ...	63
2. Die unionsverfassungstextliche Stärkung des kollektiv-rechtlichen Ansatzes durch die Grundrechtecharta ..	66
3. Grundrechtsdogmatische Vorteile und Schonung des Demo- kratieprinzips sowie des Grundsatzes der Gewaltenteilung ...	67
4. Teilweise Inkommensurabilität der grundrechtlichen Schutzpflicht	68
IV. Zusammenfassung	71
C. Sicherheit als Grundrecht	72
I. Art. 6 GRCh als interpretationsoffene Vorschrift	77
1. Sicherheitsrechtliche Gehalte des Art. 5 Abs. 1 EMRK	77
2. Sicherheitsrechtliche Gehalte des Art. 6 GRCh	83
3. Stellungnahme	84

4. Zwischenergebnis	86
II. Der grundrechtsdogmatische Mehrwert des Grundrechts auf Sicherheit und die Freiheit als Grenze	87
1. Bestandssicherndes Grundrecht	90
2. Bestandserweiterndes Grundrecht	92
3. Der unionsrechtliche Wert der Freiheit als Grenze	95
a. Unionsverfassungstextliche Vorgaben	96
b. Primat der Freiheit als grundrechtsdogmatisches Leitbild . .	98
c. Freiheitsverkürzende Effekte	101
d. Stabilisierungsfunktion des europäischen Grundrechtsverbunds	102
4. Zusammenfassung	105
III. Vergrundrechtlichung der Rechtsordnung und der Sicherheitspolitik	105
IV. Zusammenfassung	107

3. Teil

Sicherheit als Chartagrundsatz

und als grundrechtsdogmatische Innovation	111
---	-----

A. Die Chartagrundsätze

als neue Unbekannte der unionalen Grundrechtsordnung	111
I. Positiv-rechtliche Ausgangslage	113
II. Entstehungsgeschichte	114

B. Ansätze einer allgemeinen Lehre von den Chartagrundsätzen

I. Die Chartagrundsätze als verbindliches Recht	122
1. Rechtsverbindlichkeit der Grundsätze an sich	122
2. Grundsätze als abwehr- und leistungsrechtliche Normen	123
3. Gegenvorschlag: Grundsätze als allein leistungsrechtliche Normen ohne eigene materielle Rechtsgehalte	127
a. Grundsätze als allein leistungsrechtliche Normen	127
b. Grundsätze als Normen ohne eigene materiell-rechtliche Gehalte	128
c. Vereinbarkeit mit Art. 52 Abs. 5 GRCh	131
aa. Grundsätze als Auslegungsgebote	131
bb. Grundsätze als Rechtmäßigkeitsmaßstab	131
II. Die Chartagrundsätze als abwägungsbedürftige Prinzipien	134
III. Die Chartagrundsätze als objektives oder subjektives Recht	136
1. Die Chartagrundsätze als objektives, weil nur beschränkt einklagbares Recht	137
2. Die Chartagrundsätze als subjektives, gleichwohl nur beschränkt einklagbares Recht	139

3. Stellungnahme: Grundsätze als objektives Recht und Identitätsthese statt Ähnlichkeitsthese	143
IV. Rechtswirkung der Grundsätze	144
1. Gebote der grundsatzkonformen und grundsatzfreundlichen Auslegung	144
2. Rückschrittsverbot	145
3. Grundsätze als Subjektivierungsgebote	147
4. Gebot der anspruchsfreundlichen Auslegung	148
V. Die Grundsatzkonzeption des EuGH	150
1. Grundsätze als umsetzungsbedürftiges objektives Recht ohne eigene materielle Rechtsgehalte und weites Verständnis des Umsetzungsaktes	151
2. Ablehnung der Einheitsthese?	152
3. Keine anspruchsfreundliche Auslegung?	154
4. Fazit	155
VI. Zusammenfassung	155
C. Probleme und Lösungsansatz	156
I. Unmöglichkeit der Einordnung einzelner Chartabestimmungen als Grundsätze aufgrund der bisherigen Grundsatzkonzeption	156
1. Im Schrifttum vorgeschlagene Einordnungskriterien	157
2. Kritik der Einordnungskonzepte am Beispiel der Art. 25 und 26 GRCh	160
a. Verwendung der Begriffe „Recht“ und „Anspruch“	160
b. Subjektiv-rechtliche Formulierung	162
c. Keine besondere Normenunbestimmtheit	163
d. Unsichtbarkeit etwaiger besonderer Funktionsschwerpunkte	167
e. Unsichtbarkeit etwaiger allein leistungsrechtlicher Funktionen	169
f. Zwischenfazit: Art. 25 und 26 GRCh als Grundsätze mit grundrechtlichem Anschein	169
3. Auslegungsmethodischer Stellenwert der Erläuterungen	170
II. Gegenvorschlag: Grundsätze als besonders aushandlungsbedürftige Rechtsgüter schützende Normen	173
1. Besondere Aushandlungsbedürftigkeit der Grundsatzrechtsgüter	174
2. Demokratieprinzip als Indikator besonderer Aushandlungsbedürftigkeit	175
3. Beispiele besonders aushandlungsbedürftiger Sachbereiche	180
a. sozialrechtliche Verbürgungen	180
b. Gemeinschaftsgüter schützende Verbürgungen	181

4. Besondere Aushandlungsbedürftigkeit nur einzelner Gewährleistungsgehalte innerhalb eines Charta-Artikels und Abgrenzung zu den grundrechtlichen Schutzpflichten ...	184
5. Folgen für die Einordnung einzelner Chartabestimmungen als Grundsätze oder Grundrechte	185
III. Zusammenfassung	186
D. Die Alternative der Sicherheit als Chartagrundsatz, seine Wirkungen und seine verfassungstextliche Verortung	187
I. Der Sicherheitsgrundsatz als Demokratie und Gewaltenteilung schonende und dem kollektiv-rechtlichen Ansatz des EuGH entsprechende grundrechtsdogmatische Alternative	187
II. Die verfassungstextliche Verortung des Sicherheitsgrundsatzes in Art. 6 GRCh	190
1. Der Sicherheitsgrundsatz als lediglich vertretbares Aus- legungsergebnis bei isolierter Betrachtung des Art. 6 GRCh ...	191
a. Wortlaut	192
b. Entstehungsgeschichte	192
c. Telos	192
d. Systematik	193
aa. Die Einbettung des chartarechtlichen Sicherheits- grundsatzes in den europäischen Grundrechtsverbund gemäß Art. 52 Abs. 3 und 4 GRCh	193
bb. Art. 6 GRCh im Gefüge des Primärrechts	195
2. Der Sicherheitsgrundsatz als zwingendes Auslegungsergebnis bei Betrachtung des Art. 6 GRCh im Lichte des unionsverfassungsrechtlich verbürgten Demokratieprinzips ...	196
III. Rechtliche Wirkungen des unionsrechtlichen Sicherheitsgrundsatzes	199
1. Das sicherheitsgrundsätzliche Gebot zur grundsatzkonformen und beschränkt grundsatzfreundlichen Auslegung	199
2. Das sicherheitsgrundsätzliche relative Rückschrittsverbot ...	200
3. Das sicherheitsgrundsätzliche Subjektivierungsgebot und das Gebot zur anspruchsfreundlichen Auslegung	201
4. Die den Schutzgüterbestand erweiternde Wirkung des Sicherheitsgrundsatzes	201
E. Zusammenfassung	202

4. Teil

Die europäische Cybersicherheitsgesetzgebung im Lichte der unterschiedlichen grundrechtsdogmatischen Konzeptionen des Gewährleistungsziels Sicherheit als Beispiel	207
A. Cybersicherheit als umfassendes, weil räumliches Konzept	207
I. IT-Sicherheit aus informatischer Sicht	207
II. Cybersicherheit aus politischer und juristischer Perspektive	209
III. Fazit: Vorzugswürdigkeit des Konzepts der Cybersicherheit	211
B. Versicherheitlichung und Rights Talk im Bereich der Cybersicherheitsgewährleistung	212
I. Die Versicherheitlichung der Cybersicherheit	212
II. Verstärkter Rekurs auf die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht im Schrifttum	215
III. Versicherheitlichungstendenzen verstärkender <i>Rights Talk</i> als Folge	218
IV. Sicherheitsgrundsatz als grundrechtsdogmatische Alternative	219
C. Die europäische Cybersicherheitsgesetzgebung im Lichte der verschiedenen grundrechtsdogmatischen Konzeptionen des Gewährleistungsziels Sicherheit	221
I. Cybercrime- und NIS-Richtlinie als wesentliche Pfeiler der europäischen Sicherheitsgesetzgebung	221
II. Die europäische Cybersicherheitsgesetzgebung im Lichte des legitimen Zwecks, der grundrechtlichen Schutzpflicht und des Sicherheitsgrundrechts	222
1. Europäische Cybersicherheit als legitimer Zweck	222
2. Europäische Cybersicherheit als unionsgrundrechtliche Schutzgehalte	223
3. Cybersicherheit als Konkretisierung des unionsrechtlichen Sicherheitsgrundsatzes	227
Schluss	231
A. Zusammenfassende Thesen	231
B. Ausblick	233
Literaturverzeichnis	237
Sachregister	249

Einleitung

Das Spannungsverhältnis zwischen Sicherheit und Freiheit und damit auch zwischen Sicherheitsrecht und Grundrechten ist „ewiges Thema“¹ des öffentlichen Rechts. Trotzdem werden beide durch die Grundrechte garantiert, weil auch die Freiheit letztlich schutzbedürftig ist. Diesem Verständnis liegt die staatsrechtliche Annahme zugrunde, die den Staat – oder neuerdings im Kontext der Öffnung des Staates auch weitere öffentliche Gewalten und insbesondere die EU – als Garanten für die Sicherheit seiner Bürger_innen sieht, was wiederum die Basis für die effektive Grundrechtsausübung bildet. Demnach gewährleisten Grundrechte nicht nur Freiheit *vor* der öffentlichen Gewalt, sondern auch Freiheit *durch* sie.² Die Grundrechtsdogmatik versucht die Notwendigkeit des sich aus dieser Erkenntnis ergebenden hoheitlichen Gewährleistungsziels Sicherheit mit entsprechenden grundrechtsdogmatischen Figuren zu fassen und es so im Rahmen des Grundrechtsschutzes operabel zu machen.

Gegenwärtig lässt sich in Europa dabei die Tendenz einer Verdichtung grundrechtlicher, also individualrechtlicher Ansprüche beobachten, die auch mit dem Befund der *Vergrundrechtlichung* des Gewährleistungsziels Sicherheit verschlagwortet werden kann. Dieses wird heute grundrechtsdogmatisch nicht mehr nur als objektivrechtlicher *legitimer Zweck* im Rahmen der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung konzipiert. Es wird auch mehr und mehr Inhalt grundrechtlicher Schutzansprüche gegenüber der Hoheitsgewalt auf Schutz vor Übergriffen Dritter als subjektiv-rechtliche Flanke der objektivrechtlichen *einzelgrundrechtlichen Schutzpflichten*. Gerade der EGMR nimmt die Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht stark in Anspruch³ und beeinflusst in seiner Eigenschaft als grundrechtliche Klammerordnung Europas auch die nationale und die unionsrechtliche Grundrechtssprechung und das sie begleitende

¹ C. Gusy, VVDStRL 63 (2004), S. 151 (153).

² Den Gedanken, dass spezifisch die Grundrechte nicht nur Freiheit gegen den Staat, sondern auch durch ihn gewährleisten, hat insbesondere P. Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3. Aufl. 1983, insbes. S. 70 ff., entwickelt, indem er neben der individuellen Seite der Grundrechte auch deren „institutionelle“ Aspekte herausgearbeitet hat, deren Verwirklichung in der Kompetenz des Gesetzgebers liegt. Einen Überblick über die ideengeschichtlichen Fundamente der dieser Grundrechtstheorie zugrunde liegenden Staatstheorie und ihrer Folgen für das Grundrechtsverständnis gibt ausführlich J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates; Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. Nov. 1982, erweiterte Fassung 1983, S. 3 ff.

³ Einen Überblick über die Breite und Weite der Schutzpflichtenrechtsprechung des EGMR gibt etwa H. Krieger, ZaöRV 2014, S. 187 (189 ff.).

Schrifttum entsprechend. Ihren vorläufigen Höhepunkt findet die Tendenz zur Vergrundrechtlichung des Gewährleistungsziels Sicherheit vor allem in der gegenwärtigen Debatte um ein in Art. 6 GRCh – Recht auf Freiheit und Sicherheit – zu verortendes eigenständiges *Unionsgrundrecht auf Sicherheit*, welches etwa jüngst der EuGH in seinem Urteil zur Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie erstmals – wenn auch nur beiläufig – erwähnte und dies zwischenzeitlich auch in einer zweiten Entscheidung sowie einem Gutachten wiederholte.⁴ Mit beiden Ansätzen wird das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit in ein Ergänzungsverhältnis umzudeuten versucht, welches Sicherheit als Voraussetzung für Freiheit, und nicht als deren Ende denkt.

A. Thesen

Diese Entwicklung – das zunehmende Verständnis der Sicherheit als Inhalt grundrechtlicher Schutzansprüche anstelle des Verständnisses der Sicherheit als klassisch politisches Thema – steht in gewissem Widerspruch zu Erkenntnissen der interdisziplinären Sicherheitsforschung, aus denen sich der Schluss ziehen lässt, dass es sich bei der Sicherheitsgewährleistung um einen besonders aushandlungsbedürftigen Regelungsbereich handelt. Durch die Vergrundrechtlichung des Gewährleistungsziels Sicherheit wird nicht mehr nur die Freiheit, sondern nunmehr zunehmend auch die Sicherheit als individueller, grundrechtlicher Anspruch konzipiert. Diese Vergrundrechtlichung erweist sich aufgrund der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit des Gewährleistungsziels Sicherheit dann aber als problematisch im Hinblick auf die Prinzipien von Demokratie und Gewaltenteilung, weil das Gewährleistungsziel Sicherheit hier immer mehr zum Inhalt zwingender verfassungsrechtlicher Pflichten und immer weniger zum Gegenstand parlamentarischer Debatten wird (dazu I. und II.). Es bedarf deshalb grundrechtsdogmatischer Alternativen (dazu III.).

I. Die Vergrundrechtlichung des Gewährleistungsziels Sicherheit als Problem für Demokratie und Gewaltenteilung

Dass die beschriebene Vergrundrechtlichung problematisch ist, ist die *erste* These der vorliegenden Arbeit: Sie beeinträchtigt die Prinzipien von Demokratie und Gewaltenteilung durch die Verengung legislativer Spielräume einerseits und der Verengung des politischen Diskurses auf primär grundrechtliche Argumente andererseits.

⁴ EuGH, Urteil v. 08.04.2014, verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12 – *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2014:238, Rn. 42: „Im Übrigen ist insoweit festzustellen, dass nach Art. 6 der Charta jeder Mensch nicht nur das Recht auf Freiheit, sondern auch auf Sicherheit hat.“ Wiederholt unter Bezug auf diese Entscheidung wird dies in EuGH, Ur. v. 15.02.2016, Rs. C-601/15 PPU – *J. N.*, ECLI:EU:C:2016:84, Rn. 53 sowie in EuGH, Gutachten 1/15 v. 26.07.2017, ECLI:EU:C:2017:592, Rn. 149.

Offenkundig ist dabei zunächst die Beschränkung der gesetzgeberischen Rechtsetzungsfreiheit nicht mehr nur von freiheits- sondern nunmehr auch von sicherheitsgrundrechtlicher Seite. Mit Blick auf die einzelgrundrechtliche Schutzpflicht ist dies nichts Neues, *Ernst-Wolfgang Böckenförde* hat der die Rechtsetzung begrenzende Kraft der Grundrechte mit der Rede vom *Jurisdiktionsstaat* einen prägnanten Begriff gegeben.⁵ Mit der Debatte um ein eigenständiges Grundrecht auf Sicherheit gewinnt das Problem aber eine neue Dimension. Offen ist, ob ein eigenständiges Sicherheitsgrundrecht Anlass zur Verschärfung dieser Kritik gibt, oder ob eine die Legislative kompetenzziell schonende grundrechtsdogmatische Konzeption gelingen kann.

Daneben gehen Grundrechte aber weit über diese im engeren Sinne juristische Wirkung hinaus. Sie haben auch eine edukative Funktion und sind unabhängig von ihren juristischen Detailgehalten grundsätzliche Orientierungspunkte jedes und jeder Einzelnen für das Zusammenleben in der Gesellschaft. Mit Grundrechten kann jeder „etwas anfangen“. Sie vermitteln nicht nur subjektive Rechtsansprüche, sondern sind auch objektive Wertordnung, und zwar gerade *nicht nur* im Sinne der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, welches damit die Ausstrahlwirkung der Grundrechte als objektives Verfassungsrecht auf die gesamte Rechtsordnung und damit eine im engen Sinne juristische Wirkung meint.⁶ Sie fungieren daneben auch als alltägliche Handlungsmaxime und als *politisches* Argument relativ unabhängig von ihren juristischen *Detailgehalten*. Die Idee der Meinungsfreiheit etwa ist nicht nur gerichtlich durchsetzbarer Anspruch, sondern gewissermaßen auch ein Stück Alltagskultur und deshalb auch in der nicht-juristischen Lebenswirklichkeit präsent. So evaluieren etwa Forschungsprojekte große Kommunikationsdienstleister wie *Facebook*, *Google* oder *Vodafone* anhand bestimmter Kriterien, die sie als konstitutiv für die Meinungsfreiheit und den Privatsphäreschutz erachten, die aber mit den konkreten juristischen Grundrechtsgehalten kaum etwas zu tun haben⁷ – ganz abgesehen davon, dass diese Unternehmen als Private weiterhin nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind. In politischen Debatten wird oft um die Reichweite der Meinungsfreiheit oder des Diskriminierungsverbotes gerade auch in Abwesenheit von Jurist_innen leidenschaftlich gestritten. Und auch wenn nicht jeder und jede von uns eine juristisch vertretbare Antwort auf die Frage geben kann, ob Art. 4 Abs. 1 GG der an einer staatlichen Schule angestellten muslimischen Lehrerin einen Anspruch verleiht, im Unterricht ein Kopftuch tragen

⁵ Unter anderem in *E.-W. Böckenförde*, in: Böckenförde (Hrsg.), *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 1992, S. 159 ff. (189 f.) mit Nennung des Begriffs auf S. 190, der den Befund mit Blick auf die objektiv-rechtlichen Gehalte der Grundrechte insgesamt erhebt, deren Ausfluss aber insbesondere die grundrechtliche Schutzpflicht ist.

⁶ BVerfGE 7, 198 – *Lüth*. Leitsatz: „Die Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich aber auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt.“

⁷ So etwa die Studie *Ranking Digital Rights 2015 Corporate Accountability Index*, abrufbar unter <https://rankingdigitalrights.org/index2015>, Stand 14.07.2016.

zu dürfen, haben wir alle eine Vorstellung davon, was Religionsfreiheit dem Grunde nach will und soll. Solche Vorstellungen unterscheiden sich freilich oft von den konkreten juristischen Gehalten des Grundrechts und sind juristisch weitgehend unerheblich – die Definitionsherrschaft über seine Gehalte liegt eben bei den juristischen Eliten und nicht bei den Grundrechtsträger_innen.⁸ In der politischen Debatte können sie aber unter Umständen gleichwohl als Argument reüssieren. Mit anderen Worten wird oft mit der Rhetorik der Grundrechte gestritten, ohne dass diese Rhetorik auch auf gesichertem juristischen Terrain fußt.

Angesichts dessen kann eine zu starke Vergrundrechtlichung durch die vermehrte Anerkennung grundrechtlicher Ansprüche auf hoheitliches Tun neben den bereits beschriebenen, im engeren Sinne rechtlichen Folgen zu dem führen, was *Ann Mary Glendon* „*Rights Talk*“ nennt: Die Verarmung des politischen Diskurses dergestalt, dass dieser zunehmend mit einem Vokabular des Rechts geführt und strukturiert wird und nicht-rechtliche Argumente an Bedeutung verlieren.⁹ Der politische Geist wird gewissermaßen ebenfalls vergrundrechtlicht, drängende gesellschaftliche Fragen und ihre möglichen politischen Lösungen werden zunehmend in den Kategorien des Rechts und der Grundrechte gedacht und erfasst, außerrechtliche Argumente werden immer weniger intelligibel. Die politische Debatte wird durch solche *Rights Talks* zunehmend auf die Verteidigung sich gegenüberstehender grundrechtlicher Ansprüche verengt und damit das Spektrum zulässiger Argumente kleiner. Sie wird verstärkt zu einer Diskussion um die richtige *Rechtsauslegung* und *-anwendung* und immer weniger eine der *Rechtsgestaltung*.

Andererseits scheint das *Framing* als *Rights Talk* eine politische Debatte zumindest zu entpolarisieren: Extreme Positionen zu einer bestimmten Sachfrage werden eher gehört, wenn für sie mit rechtlichen statt nur mit moralischen Mitteln gestritten wird.¹⁰ Das Führen von *Rights Talks* kann deshalb eine effektive argumentative Strategie beim Führen politischer Debatten sein. *Ted G. Jelen* etwa hat den den amerikanischen *Rights Talk* als „*Political Esperanto*“ und als erfolgreiche argumentative Strategie der christlichen Rechten in den USA zur Durchsetzung ihrer Interessen beschrieben, in dem etwa die Abtreibungsdebatte nicht nur mit moralischen Argumenten, sondern auch mit der Konstruktion des Rechts des ungeborenen Fötus auf Leben geführt wurde.¹¹ Dennoch bleiben solche Argumentationsstrategien aus den genannten Gründen demokratiethoretisch problematisch und daher in Anknüpfung an das unionsverfassungsrechtliche Demokratieprinzip rechtlich fragwürdig.

Glendon hat dieses Phänomen am Beispiel des US-amerikanischen Verfassungsrechts und des US-amerikanischen politischen Diskurses beschrieben.

⁸ *W. Hoffmann-Riem*, in: *Augsberg/Unger* (Hrsg.), *Basistexte: Grundrechtstheorie*, 2012, S. 317 ff. (320).

⁹ *M. A. Glendon*, *Rights Talk. The Impoverishment Of Political Discourse*, 1991.

¹⁰ *P. A. Djupe/A. R. Lewis/T. G. Jelen/C. D. Daban*, *Social Science Quarterly* 2014, S. 652 ff.

¹¹ *T. G. Jelen*, *Political Esperanto: Rhetorical Resources and Limitations of The Christian Right in the United States*, *Sociology of Religion*, 2005, S. 303 ff., S. 309 ff.; *P. A. Djupe/A. R. Lewis/T. G. Jelen/C. D. Daban*, *Social Science Quarterly* 2014, S. 652.

Entsprechende Entwicklungen können sich bei einer voranschreitenden Vergrundrechtlichung der Sicherheitspolitik mit Blick auf ebendiese aber zumindest potentiell in ähnlicher Weise auch in Europa vollziehen und sind deshalb kritisch zu begleiten.

II. Sicherheit als besonders aushandlungsbedürftige Sachmaterie

Diese Entwicklung scheint sich angesichts der besonderen Aushandlungsbedürftigkeit des Gewährleistungsziels Sicherheit – so die zweite These der Arbeit – als umso gravierender. Die Gewährleistung von Sicherheit erweist sich als ambivalentes Ziel mit hohen gesellschaftlichen Kosten – insbesondere was die Beschränkung von Freiheitsgrundrechten betrifft, und Sicherheit beziehungsweise Unsicherheit sind nicht nur objektive Fakten, sondern auch soziale und kulturelle Konstrukte. In den Sozialwissenschaften wird diese soziale Praxis als *Versicherheitlichung* (*securitization*) beschrieben.¹² Das Gewährleistungsziel Sicherheit und seine konkrete Umsetzung sind aufgrund seiner hohen Komplexität und der verschiedensten involvierten Interessen gesellschaftlich hochumstritten und werden deshalb immer wieder neu verhandelt, sozial und kulturell konstruiert und dekonstruiert. Sicherheitsgewährleistungen sind nicht selten nur durch Freiheitsbegrenzungen zu erreichen. Aber selbst wenn man das Spannungsverhältnis zur Freiheit ausblendet, ist Sicherheit anders gewendet kein per se „gutes“ und damit gesellschaftlich uneingeschränkt wünschenswertes Ziel, Sicherheit ist vielmehr geprägt von *Paradoxien*, wie *Lucia Zedner* es nennt: So ist Sicherheit etwa nicht nur objektiver Fakt, sondern auch subjektives Gefühl; deshalb können Sicherheitsmaßnahmen, die den oder die eine beruhigen, bestehende Ängste bei dem oder der anderen gerade aktualisieren, weil sie die Sicherheitsproblematik zurück ins Gedächtnis rufen.¹³ Diese und weitere Ambivalenzen der Sicherheit gilt es zuallererst im demokratischen Prozess, nicht im Wege der Rechtsprechung in Ausgleich zu bringen. Die Judikative muss und kann diesen demokratischen Diskurs nur an seinen Rändern freiheits- und sicherheitsgrundrechtlich einhegen.

Nicht nur der Befund der rechtlichen Verengung gesetzgeberischer Spielräume zugunsten judikativer Entscheidungen, sondern auch der der argumentativen und rhetorischen Verengung der politischen Debatte ist jedoch wiederum nicht nur politisch, sondern mit zunehmender Intensität angesichts der verfassungsrechtlichen Verbürgung des Demokratieprinzips auch verfassungsrechtlich bedenklich. In dessen Lichte wird die Anerkennung auch der nicht-juristischen, sondern politischen Funktion der Grundrechte als gesellschaftliche Orientierungspunkte zur *Rechtspflicht*. Eine entsprechende Offenheit des politischen Diskurses durch die Vermeidung einer *übermäßigen* Inanspruchnahme der

¹² S. hierzu *B. Buzan/O. Wæver/J. de Wilde*, *Security. A New Framework For Analysis*, 1998, S. 21 ff. und im Detail 1. Teil, Kapitel D. *Sicherheit als kulturelles und soziales Konstrukt*.

¹³ Zu dieser und weiteren Paradoxien und zum Gedanken der Sicherheit als nicht per se „gut“ *L. Zedner*, *International Journal of the Sociology of Law* 2003, S. 155.

Grundrechte zur Bewältigung gesellschaftlicher Herausforderungen erweist sich in diesem Lichte als verfassungsrechtlich geboten. Gegenwärtig reflektiert die Grundrechtsdogmatik dies angesichts der beschriebenen Tendenz zur Vergrundrechtlichung des Gewährleistungsziels Sicherheit nicht hinreichend.

III. Der unionsrechtliche Sicherheitsgrundsatz als grundrechtsdogmatische Alternative

Aus diesen beiden Befunden ergibt sich die *dritte* und zentrale, auf eine grundrechtsdogmatische Innovation angelegte These der vorliegenden Arbeit: In Europa bietet die Unionsrechtsordnung seit dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta mit der durch sie neu eingeführten grundrechtsdogmatischen Figur des *Chartagrundsatzes* nunmehr eine interessante und tragfähige Alternative zur individualrechtlichen Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit auf der Ebene des europäischen Verfassungsrechts, die gerade keine subjektiven Rechtsansprüche verleiht. Im Speziellen lässt sich mit der Figur der Chartagrundsätze die in den vergangenen Jahrzehnten gestiegene Sicherheitsverantwortung der EU grundrechtsdogmatisch besser abbilden als über die Figur des einzelgrundrechtlichen Schutzanspruchs oder des eigenständigen Grundrechts auf Sicherheit. Allgemeiner kann sie zugleich aber auch als Vorbild für entsprechende Entwicklungen zumindest in den mitgliedstaatlichen Grundrechtsordnungen dienen, die solche grundrechtsdogmatischen Konzepte bisher noch nicht kennen. Weil die dogmatischen Konturen dieser neuen Normkategorie trotz entsprechender Vorarbeiten im Schrifttum insbesondere mangels konkretisierender Rechtsprechung des EuGH weiter undeutlich bleiben, kann die vorliegende Arbeit in Auseinandersetzung mit der hierzu bereits existierenden Literatur zugleich einen – allerdings auf die Frage der Abgrenzung zu den Chartagrundrechten begrenzten – Beitrag zur Dogmatik der Grundrechtecharta leisten.

B. Verfassungsrechtliche Perspektive

Auch wenn die Frage des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit eine klassisch-staatsrechtliche ist, rechtfertigt sich die Wahl der Unionsrechtsordnung als Referenzordnung für die Bearbeitung des Themas doch aus ihrer mittlerweile weithin anerkannten Eigenschaft als Verfassungsordnung. Bei allen weiterhin bestehenden Unterschieden zum klassischen nationalen Verfassungsrecht legitimieren grundlegende Merkmale einer demokratisch-liberalen Verfassung wie Herrschaftsbegründung, Demokratie, Gewaltenteilung, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechte jedenfalls die Einnahme der *verfassungsrechtlichen Perspektive* auf das Unionsrecht¹⁴ und damit auch die Möglichkeit der Abstrahierung der

¹⁴ A. v. Bogdandy/J. Bast, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. 2009, S. 1 ff.. Grundlegend zur Idee des europäischen Primärrechts als Verfassungsrecht J. Weiler, The Constitution of Europe. „Do

so gefundenen Ergebnisse, um sie grundsätzlich auch für andere Verfassungs- und genauer Grundrechtsordnungen fruchtbar zu machen. Insbesondere die Grundsätze der Demokratie und der Gewaltenteilung sind heute fixe unionsverfassungsrechtliche Determinanten. So wird das Demokratieprinzip etwa als grundlegender Wert der EU in Art. 2 EUV genannt und enthält der EUV in den Art. 9 ff. zudem verschiedene Bestimmungen über die demokratischen Grundsätze der Union. Zwar wird angesichts der bisher kaum vorhandenen Dogmatik zum unionsrechtlichen Demokratiegebot dessen Charakter als normatives Rechtsprinzip bezweifelt.¹⁵ Immerhin aber machte der EuGH auch schon lange vor der Schaffung dieser Normen das Demokratieprinzip zumindest zur Stärkung des Europäischen Parlaments fruchtbar¹⁶ und betonte unter Hinweis auf das Demokratieprinzip etwa die Bedeutung auch nur bloßer Anhörungsrechte des Europäischen Parlaments im Gesetzgebungsverfahren.¹⁷ Damit etablierte er zugleich den Grundsatz der Gewaltenteilung, der im Unionsrecht allerdings in modifizierter Form unter dem Begriff des „institutionellen Gleichgewichts“ firmiert,¹⁸ was letztlich mit der sehr starken Verschränkung von Exekutive und Legislative durch die starke Stellung des Ministerrates im Gesetzgebungsverfahren begründet werden kann. Der Grundsatz der Gewaltenteilung ist in den Vertragstexten nach wie vor weniger explizit formuliert, ergibt sich aber neben dem Demokratieprinzip auch aus dem grundlegenden Wert der Rechtsstaatlichkeit in Art. 2 EUV und den Kompetenzzuweisungen an den EuGH, der nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 die Wahrung des Rechts bei Auslegung und Anwendung der Verträge sichert. Auch wenn der Ministerrat nach wie vor maßgeblich am Gesetzgebungsverfahren beteiligt ist, legitimieren die verschiedenen institutionellen Reformen der vergangenen Jahrzehnte und die damit verbundene Aufwertung des europäischen Parlaments den Begriff der Gewaltenteilung doch auch im unionsrechtlichen Kontext in immer stärkerem Maße. Zur Verwendung

the new clothes have an emperor?“ and other essays on European integration, 5. Aufl. 2005, insbesondere S. 10 ff. Insbesondere mit Blick auf den gescheiterten Verfassungsvertrag differenzierter und kritisch, im Ergebnis aber ebenfalls am verfassungsrechtlichen Paradigma festhaltend etwa *M. Ruffert*, in: Hatje/Terhechte, Grundgesetz und europäische Integration. Die Europäische Union nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, 2010, S. 83 ff. (86 ff.). Siehe speziell zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die Europäische Union *A. v. Bogdandy*, in: Brenner/Huber/Möstl (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum 70. Geburtstag, 2004, S. 1033 ff.

¹⁵ S. etwa *M. Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 59. EL Juli 2016, Art. 10 EUV Rn. 34.

¹⁶ Ebd. mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 29.10.1980, Rs. C-138/79 – *Roquette Frères*, ECLI:EU:C:1980:249, Rn. 33.

¹⁸ *I. Härtel*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, 2006, § 3 Rn. 26 mwN. Auch *M. Herdegen*, Europarecht, 17. Aufl. 2015, Rn. 109 bezeichnet das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts als unionsrechtliches „Gegenstück“ des Gewaltenteilungsprinzips. Siehe zur Begründung des Prinzips des institutionellen Gleichgewichts mit dem Demokratieprinzip ebenfalls EuGH, Urt. v. 29.10.1980, Rs. C-138/79 – *Roquette Frères*, ECLI:EU:C:1980:249, Rn. 33.

einer einheitlichen Terminologie soll hier deshalb einheitlich vom Grundsatz der Gewaltenteilung die Rede sein.

Die verfassungsrechtliche Perspektive und die grundrechtstheoretischen Seitenblicke ermöglichen dann das „Hin- und Herwandern“ des Blicks vom Unionsrecht als Referenzordnung auch auf die EMRK und das Grundgesetz, welches in einem Europa der geteilten Kompetenzen schlicht auch notwendig ist. Auf diese drei Grundrechtsordnungen beschränkt sich die vorliegende Arbeit. Andere mitgliedstaatliche Verfassungsordnungen müssen zum einen schon aufgrund der begrenzten Humanressourcen bei der Erstellung einer Monografie weitgehend unberücksichtigt bleiben. Sie müssen es zum anderen auch deshalb, weil es in Europa nach wie vor schlicht an genuin europarechtlichen Forschungsstrukturen und -ressourcen – etwa zur Bewältigung schon der sprachlichen Diversität – fehlt, so dass Europarechtswissenschaft auch heute noch zuzuförderst „nationale“ Europarechtswissenschaft bleibt.¹⁹ Zumindest kann eine „deutsche“ Europarechtswissenschaft für eine „echte“ Wissenschaft des europäischen Rechts aber Angebote machen und Ideenressourcen zur Verfügung stellen. Dies ist das Anliegen dieser Arbeit.

C. Grundrechtecharta als Referenzordnung

Weil die Mitgliedstaaten trotz der steigenden europäischen Sicherheitsverantwortung weiterhin primäre Sicherheitsgaranten ihrer Bürger_innen bleiben²⁰ und sich die Frage nach einer tragfähigen grundrechtsdogmatischen Konzeption des Gewährleistungsziels Sicherheit mit Blick auf ihre Rechtsordnungen noch dringlicher als mit Blick auf die der Union stellt, fragt sich, warum hier gleichwohl die Unionsgrundrechte als für diese Frage zumindest weniger „wichtige“ Grundrechte als Untersuchungsgegenstand gewählt werden.

Mit der Ähnlichkeit des europäischen zum klassischen nationalen Verfassungsrecht und sich daraus ergebenden Möglichkeit der grundsätzlichen Übertragbarkeit der an den Unionsgrundrechten erarbeiteten Ergebnisse auch auf andere Grundrechtsordnungen wurde bereits ein *erster* Grund für die Auswahl der Unionsgrundrechte als Referenzordnung genannt. Ein *zweiter* besteht in der bereits erwähnten besonders fortgeschrittenen Tendenz der Vergrundrechtlichung des Gewährleistungsziels Sicherheit im Unionsrecht durch die jüngere Debatte um ein eigenständiges Chartagrundrecht auf Sicherheit. Zwar zeichnet sich Europa durch eine Vielzahl miteinander verzahnter Grundrechtsordnungen aus, so dass das Phänomen der Versicherheitlichung durch Vergrundrechtlichung in Europa mal deutlicher, mal weniger deutlich zu beobachten ist und die Unionsrechtsordnung damit nicht repräsentativ für mögliche Vergrundrechtlichungstendenzen in Europa steht. Jedoch führen verschiedene Verbundtechniken wie

¹⁹ S. dazu *D. Thym*, EuR 2015, S. 671 (673 ff.); *A. Hatje/P. Mankowski*, EuR 2014, S. 155 ff. und ferner *A. v. Bogdandy*, *Der Staat* 2001, S. 3 (7 f.).

²⁰ S. dazu etwa Art. 4 Abs. 2 S. 2 und 3 EUV und Art. 72 AEUV.

etwa die Konvergenzklauseln der Art. 52 Abs. 2–4 GRCh oder entsprechende Judikate der zuständigen Gerichte wie etwa die *Solange*- und der *Görgülü/Sicherungsverwahrung*-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²¹ oder der *Bosphorus*-Rechtsprechung des EGMR²² zu einer starken Konvergenz der Grundrechtsentwicklungen der nationalen Grundrechtsordnungen, der unionalen Grundrechtsordnung und der EMRK. Mit anderen Worten zeichnet sich der europäische Verfassungsverbund²³ und als dessen Teil der europäische Grundrechtsverbund²⁴ durch eine hohe Permeabilität²⁵ und damit durch ein hohes Potential zur Migration vor allem auch von Grundrechtsideen und -verständnissen aus. Es ist deshalb möglich, eine dieser Grundrechtsordnungen als Referenzordnung für allgemeine grundrechtsdogmatische Überlegungen wie die hier im Interesse stehenden heranzuziehen, und es liegt nahe, für Aussagen über die Entwicklung der europäischen Grundrechtsdogmatik entweder auf die EMRK oder auf die Unionsgrundrechte zu schauen, weil diesen aufgrund ihrer transnationalen Anwendbarkeit eine weitreichendere Wirkungskraft als einzelnen mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen zukommt. Weil das Unionsrecht mit der Idee eines eigenständigen Sicherheitsgrundrechts derzeit wesentlich weiter als die anderen Grundrechtsordnungen geht, treibt es die Tendenz der Vergrundrechtlichung des Gewährleistungsziels Sicherheit in Europa entscheidend voran, und je nach der Überzeugungskraft dieser Idee kann das Unionsrecht sie über die europäischen Verbundtechniken künftig möglicherweise sogar in andere mitgliedstaatliche Grundrechtsordnungen und in die EMRK exportieren. Es soll deshalb im Mittelpunkt dieser Arbeit stehen. Für die Wahl der Unionsrechtsordnung als Referenzordnung spricht daneben *drittens* auch der Umstand, dass die EU in Folge neu gewonnener Kompetenzen im Bereich der Sicherheitsgewährleistung eine gestiegene Sicherheitsverantwortung trifft. Infolgedessen begreift sie sich jüngst selbst als „Sicherheitsunion“²⁶ und tritt verstärkt als weiterer Sicherheitsakteur neben die einzelnen Mitgliedstaaten.²⁷ Sie beginnt

²¹ BVerfGE 73, 339 – *Solange II*; BVerfGE 111, 307 – *Görgülü*; BVerfGE 128, 326 – *nachträgliche Sicherungsverwahrung*.

²² EGMR, 30.06.2005, Rs. 45036/98 – *Bosphorus*, ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004503698, NJW 2006, 197.

²³ Zum Begriff und Konzept grundlegend *I. Pernice*, VVDStRL 60 (2001), S. 148 ff.; *I. Pernice*, in: Dreier/Pauly/Puhl/Holoubek/Pernice/Löwer (Hrsg.), Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus. Europäisches und nationales Verfassungsrecht. Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, 2001, S. 148 ff.; *I. Pernice*, Der Europäische Verfassungsverbund in der Bewährung. Antonio Lopez Pina zu Ehren, 2013, <http://www.whi-berlin.eu/whi-papers-2013.html> oder *I. Pernice*, in: Franzius/Mayer/Neyer (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union. Recht und Politik für das Europäische Gemeinwesen, 2011, S. 102 ff.

²⁴ S. zum Begriff und Konzept des Grundrechtsverbunds *T. Kingreen*, EuZW 2010, S. 338.

²⁵ S. zum Begriff und Konzept der Permeabilität *M. Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich, 2011.

²⁶ Dieses Selbstverständnis findet seinen Ausdruck etwa in der Ernennung eines Kommissars für die Sicherheitsunion.

²⁷ S. hierzu etwa jüngst die Mitteilung der Kommission über die Europäische Sicherheitsagenda, (COM(2015) 185 final, abrufbar unter http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/basic-documents/docs/eu_agenda_on_security_de.pdf, Stand 03.08.2016.

diese gar bereits zu ersetzen – mittlerweile werden sogar Debatten zur Entstehung eines europäischen Gewaltmonopols als weiterer qualitativer Sprung in der europäischen Integration geführt.²⁸ Und mit der Kompetenzerweiterung im Bereich der Sicherheitsgewährleistung korreliert auch die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte, die dadurch zunehmend die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen im sicherheitsrechtlichen Bereich normativ durchdringen. Schließlich werden die Unionsgrundrechte *viertens* in Folge der den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte stark ausweitenden Rechtsprechung des EuGH im Allgemeinen und unabhängig von der Ausweitung der sicherheitsrechtlichen Kompetenzen auch immer mehr zur maßgeblichen Grundrechtsordnung für die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.²⁹

Eine weitere Verengung der Referenzordnung der vorliegenden Arbeit findet durch die Berücksichtigung ganz vornehmlich der Grundrechtecharta als Grundrechtsquelle im Unionsrecht statt, obgleich sich gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV weitere unionale Grundrechtsgehalte aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und der EMRK ergeben können. Diese Verengung rechtfertigt sich aus der Eigenschaft der Charta als „*showcase*“ der vielschichtigen unionalen Grundrechtsordnung, der die Unionsgrundrechte nach dem vierten und fünften Absatz der Charta-Präambel nur „sichtbarer“ machen soll und „begräftigen“ will, womit ihr aber zugleich auch eine besondere Autorität verliehen wird.³⁰

²⁸ S. etwa *B. T. Hansen*, Europäisierung des Gewaltmonopols. Die Staatsfundamentalaufgaben Sicherheit und Freiheit und die Implikation ihrer Denationalisierung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, 2013.

²⁹ So finden die Unionsgrundrechte etwa auch auf mitgliedstaatliches Recht Anwendung, dass zwar in den Regelungsbereich einer Unionsrichtlinie fällt, das aber nicht explizit zu deren Umsetzung erlassen wurde und auch nicht vollständig durch sie bestimmt wird, sie aber materiell eben gleichwohl umgesetzt, EuGH, Urteil v. 26. 02. 2013, Rs. C-617/10 – *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 16 ff. und insbesondere 24 ff.

³⁰ Zitierter Begriff und Gedanke sind von *A. Weblau/N. Lutzhöft*, EuZW 2012, S. 45 (47). übernommen. Diese besondere Autorität kommt etwa dort zum Tragen, wo es Überschneidungen mit den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen gibt. Zu Recht wird deshalb für einen Vorrang der Grundrechte-Charta als *lex specialis* plädiert, so z. B. *F. Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 59. EL Juli 2016, Art. 6 EUV Rn. 56. Ohnehin aber ist für weitergehende Deduktionen grundrechtlicher Gewährleistungen aus den Rechtserkenntnisquellen wegen der Regelungsichte und Aktualität der Grundrechte-Charta kaum mehr Raum. Dies gilt umso mehr, als schon die Charta-Rechte selbst die gleiche Bedeutung und Tragweite wie die ihnen entsprechenden Konventionsrechte haben sollen, Art. 52 Abs. 3 GRCh, und zudem im Einklang mit den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten auszulegen sind, Art. 52 Abs. 4 GRCh. Sie sind daher einer dynamischen Auslegung zugänglich, die einen Rückgriff auf die EMRK und die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als Rechtserkenntnisquelle für die Deduktion ungeschriebener Grundrechtsgehalte im Unionsrecht nach Art. 6 Abs. 3 EUV weitgehend entbehrlich macht.

Sachregister

- Abtreibungsdebatte 4
Anschein, grundrechtlicher 169, 179
Aushandlungsbedürftigkeit/aushandlungsbedürftig 2, 5, 13, 22 ff., 27, 29, 40, 42, 44, 60, 105, 106, 110 f., 128, 156, 173 ff., 177 f., 180 f., 184, 186 ff., 199, 203, 220, 228, 231, 233
- bestandserweiternd 90, 92, 96, 104 ff., 201 ff.
bestandssichernd 90, 104 ff.
Bundesverfassungsgericht 3, 9, 15, 46, 57 f., 65, 74, 100, 179 f., 206, 217 f., 223 f.
- Copenhagen School 20, 22, 40, 212
- Datenschutz 216
– -abkommen 216
– -recht 34, 169
– -rechtlich 211
– -grundrecht 51 f., 66, 169
– -niveau 66
- Eingriffsgebot 44, 53 f.
Eingriffsverbot 44, 53 f.
Einheitsthese 151 ff.
- Fördergebot 128, 145 ff.
Freiflächen, grundrechtliche 128, 131, 233
- Gesundheit 30, 52, 182
– -schutz 52, 62, 66, 119
– -schutzniveau 30, 35, 64, 66
Gewaltmonopol 10, 14, 47, 179
Gleichgewicht, institutionelles 7
Grundfreiheiten 30 f., 36, 46, 63, 88
Grundrechtsverbund, europäischer 9, 96, 98, 102, 105, 193, 197
- Handlungsgebote 54, 56, 71
Handlungsverbote 54, 56, 71
- Instruktionsnorm 110 f., 115, 117, 128, 131, 138 f., 145, 174
Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte 74, 87
Jurisdiktionsstaat 3, 57, 76, 106
- Katastrophen, erzählte 212 f.
kollektiv-rechtlich/Kollektivrechtsgüter 11, 44 f., 62 ff., 75, 158, 181, 187 ff., 202, 232 f.
Konstitutionalisierung 56, 58 f.
konstruktivistisch 17, 20, 22, 41
- Leistungsrecht/leistungsrechtlich/gewährleistungsrechtlich 48 f., 96, 107, 117, 119, 121 ff., 136 f., 140 ff., 144, 147, 155, 158, 167 ff., 173, 180, 184, 186, 194, 228
- Optimierungsgebote 69, 124
- Paradoxien/Paradoxon/Sicherheitsparadoxien 5, 13, 16 f., 22, 23 f., 32, 38 f., 87, 110, 231 f.
positive obligations 45, 48 ff., 54
- Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts 15, 29, 84, 97, 195
Rights Talk 4, 11, 21, 31, 42, 60 f., 67, 71, 76, 107 ff., 185, 189 f., 207, 212, 218 ff., 223 f., 232 ff.
Rückschrittsverbot 144 ff., 156, 199 ff., 228
- Schutzanspruch 1 f., 6, 45, 57, 63, 68 ff., 89, 106 f., 108 f., 188 ff., 195, 200, 215, 219, 223 f., 226 f., 232 f.
Schutz durch Eingriff 16, 55, 63, 85, 95 f., 103, 193
Schwangerschaftsabbruch 57, 58, 223
Sicherheitsakteur 20 f., 29, 40, 61, 107, 189, 218, 220

- Sicherheitskultur 17 ff., 86
Sicherheitsunion 9
Subjektivierungsgebot 129, 144, 147 f.,
156, 199, 201, 203
- Umwelt 181 f.
– -schutz 62, 66, 119, 130
– -grundsatz 133, 136, 139, 143, 148
– -standards 130, 141
U.N.-Menschenrechtsausschuss 74, 87
- Verbraucher
– Sicherheit der 30
– -schutz 30, 62, 119, 154
– -schutzgrundsatz 66, 153
– -vertrauen 52
– -niveau 154
Verfassungsverbund 9, 176, 179
- Verfassungsinhalt 15
Verfassungsvoraussetzung 15
Vergrundrechtlichung 1 f., 4, 8, 53, 56, 60,
72, 76, 105, 107 f., 219, 232 f.
Versicherheitlichung 5, 8, 20 f., 60, 212,
219, 234
– -sakteure 21
– -potentiale 220
– -prozesse 15, 20 ff., 40 f., 54, 61, 189,
207, 212, 218 f., 222, 224 f., 228 f.
– -tendenzen 11, 29, 41 f., 71, 86, 107 f.,
206 f., 212, 218, 220, 233 f.
- Vorratsdatenspeicherung 2, 34, 38, 64, 75,
101, 171
- Werteordnung, objektive 3, 46
Wesentlichkeitslehre 176 ff.