

Dr. Siegfried Broß  
Richter des Bundesverfassungsgerichts  
Honorarprofessor an der Universität Freiburg im Breisgau  
Vorsitzender des Präsidiums der Deutschen Sektion der  
Internationalen Juristen-Kommission e.V.

**Vortrag vor der Münchener Juristischen Gesellschaft e.V.**

**am 14. Oktober 2008**

**„Der Einfluss des Verfassungsrechts auf strafprozessuale  
Eingriffsmaßnahmen“**

## I. Einführung

Der Einfluss des Verfassungsrechts auf strafprozessuale Eingriffsmaßnahmen ist ein „Dauerbrenner“. Im Hinblick auf die aktuellen Entwicklungen in Medizin und Technik beschränke ich mich schwerpunktmäßig im Folgenden auf strafprozessuale Eingriffsmaßnahmen im Rahmen des Ermittlungsverfahrens. Wir haben es dort mit einer großen Spannweite von Eingriffsmaßnahmen gegen den Beschuldigten zu tun. Beispielhaft möchte ich an dieser Stelle auf die Untersuchungshaft, die Unterbringung oder die vorläufige Festnahme, die körperliche Untersuchung oder die Blutentnahme verweisen, die die Freiheitsrechte nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 GG berühren, sodann

auf die Postbeschlagnahme oder eine Abhörmaßnahme, die in das Post- und Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 GG eingreifen, die Durchsuchung, von der das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG betroffen ist wie auch die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG durch ein vorläufiges Berufsverbot und schließlich auch auf die Beschlagnahme und den Arrest, die in das Recht auf Eigentum nach Art. 14 GG eingreifen. In den vergangenen Monaten haben Entscheidungen des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts, so zur Online-Durchsuchung (Urteil vom 27. Februar 2008 – 1 BvR 370, 595/07, NJW 2008, S. 822), zur Vorratsdatenspeicherung (Beschluss vom 11. März 2008 – 1 BvR 256/08, NVwZ 2008, S. 543) und zur automatisierten Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen (Urteil vom 11. März 2008 – 1 BvR 2074/05 und 1 BvR 1254/07, NJW 2008, S. 1505) Aufmerksamkeit erregt, wie auch großflächige Untersuchungen von DNS (hierzu BVerfGE 103, 21) und – schon etwas zurückliegend – der Brechmitteleinsatz (BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 15. September 1999 – 2 BvR 2360/96 –, StV 2000, S. 1; dagegen EGMR, Urteil vom 11. Juli 2006 – 54810/00 –, EuGRZ 2007, S. 150).

Nachfolgend werde ich zunächst die Verfassungsrechtslage auf einer Makro- und einer Mikroebene beleuchten (II.) und anschließend an konkreten Sachverhaltskonstellationen die verfassungsrechtliche Gesetzeslage und die Gestaltung der strafprozessualen Eingriffsmaßnahmen beleuchten (III.).

## II. Zur Verfassungsrechtslage

### 1. Die verfassungsrechtliche Makroebene

Für die von mir so bezeichnete verfassungsrechtliche Makroebene ist nicht allein das Spannungsverhältnis Staat zu den seiner Gewalt unterworfenen Menschen maßgeblich. Vielmehr sehe ich die verfassungsrechtliche Makroebene nachhaltig dadurch geprägt, dass es sich um eine objektive Struktur handelt. Sie speist sich aus einer objektiven Wertordnung der Menschen- und Grundrechte wie der ihnen gleichgestellten Rechte des Grundgesetzes ebenso wie aus einer hinzutretenden Gesamtheit der ihnen immanenten institutionellen Komponenten, die ihrerseits das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 GG konturieren und mit Leben erfüllen.

a) Zu der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes hat das Bundesverfassungsgericht schon zu Beginn seiner Rechtspre-

chungstätigkeit Stellung genommen, ohne diese Formulierung ausdrücklich zu verwenden, wenn es ausführt, es erkenne die Existenz überpositiven, auch den Verfassungsgesetzgeber bindenden Rechtes an und sei zuständig, das gesetzte Recht daran zu messen (BVerfGE 1, <18>). Die Wertordnung begegnet uns dann allerdings schon in der vielzitierten Elfes-Entscheidung (BVerfGE 6, 32 <40>). Hiernach hat das Grundgesetz eine wertgebundene Ordnung aufgerichtet, die die öffentliche Gewalt begrenzt. Durch diese Ordnung soll die Eigenständigkeit, die Selbstverantwortlichkeit und die Würde des Menschen in der staatlichen Gemeinschaft gesichert werden (hierzu auch BVerfGE 2, 1 <12 f.>; 5, 85 <204 ff.>).

Diese Überlegungen werden in verschiedenen Entscheidungen weiter aufgefächert, so z. B., dass das Verfassungsrecht nicht nur aus den einzelnen Sätzen der geschriebenen Verfassung besteht, sondern auch aus gewissen sie verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen, die der Verfassungsgesetzgeber, weil sie das vorverfassungsmäßige Gesamtbild geprägt haben, von dem er ausgegangen ist, nicht in einem besonderen Rechtssatz konkretisiert hat (BVerfGE 2, 380 <403>). Daraus ergibt sich unter anderem, dass die einzelne Verfassungsbestimmung nicht isoliert betrachtet und allein aus sich heraus ausgelegt werden darf. Aus dem

Gesamtinhalt der Verfassung ergeben sich vielmehr gewisse verfassungsrechtliche Grundsätze und Entscheidungen, denen die einzelnen Verfassungsbestimmungen untergeordnet sind. Diese sind deshalb so auszulegen, dass sie mit den elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers vereinbar sind (BVerfGE 1, 14 <33 f.>).

Eine starke objektive Komponente in diesem Zusammenhang bringt BVerfGE 49, 24 <56>. Hiernach sind die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung Verfassungswerte, die mit anderen in gleichem Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet.

b) Für unser Thema ist vor allem zu beachten, dass es nicht allein und zuvörderst darum geht, welche Abwehrrechte einem Beschuldigten gegen strafprozessuale Eingriffsmaßnahmen nach der Verfassung zustehen. Das Rechtsstaatsprinzip lehrt noch anderes, nämlich über diese objektive Wertordnung des Grundgesetzes die Pflicht aller Staatsorgane, vor allem aber des Gesetzgebers, das Spannungsverhältnis Staat – Menschen dementsprechend im Wege der Selbstdefinition aufzulösen. Nicht von ungefähr ist in der Rechtsprechung des

Bundesverfassungsgerichts anerkannt, dass die Grundrechte nicht nur Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat sind, sondern auch als objektive Normen ein Wertsystem statuieren, das als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts Geltung beansprucht (BVerfGE 21, 362 <371 f.>; vor allem aber schon zuvor BVerfGE 7, 198 – Lüth).

Dogmatisch bekommt man die objektive Wertordnung des Grundgesetzes und die im Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes wurzelnde Verpflichtung der Staatsorgane zu einer diesem entsprechenden Selbstdefinition in den Griff, wenn man den grundrechtlichen Gewährleistungen – unabhängig vom vermittelten Status als Abwehr-, Mitwirkungs- oder Leistungsrecht – eine institutionelle Komponente dergestalt beimisst, dass jede Gewährleistung in ihrem Kerngehalt selbst für den einzelnen Rechtsträger nicht disponibel ist. Die in einer Verfassung formulierten grundrechtlichen Gewährleistungen lassen erkennen, welche Sicht des Menschen der Verfassungsgeber hat. Das ist der objektive Gehalt, der über die grundrechtlichen Gewährleistungen in ihrer Summe das inmitten stehende Menschenbild einer Verfassung verdeutlicht. Hieraus ergibt sich die objektive Verpflichtung für alle Staatsorgane unabhängig davon, ob sich im konkreten Einzelfall ein von einer staatlichen Eingriffsmaßnahme Betroffener hiergegen wehrt.

Vielmehr geht die zwangsläufige Verpflichtung dahin, dass ein Eingriff wegen Widerspruchs zu der objektiven Wertordnung und der hierauf beruhenden Selbstdefinition eines Rechtsstaates von vornherein un-terbleiben muss.

So ist es aufgrund der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes über die jeder grundrechtlichen Gewährleistung innewohnenden institutionellen Komponente in der Summe von vornherein unzulässig, in einem Strafermittlungsverfahren einen Lügendetektor einzusetzen, selbst wenn der Beschuldigte dies fordern würde (hierzu BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 18. August 1981 – 2 BvR 166/81, NJW 1982, S. 375). Ungeachtet der Unantastbarkeit der Menschenwürde nach Maßgabe des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG wirkt das Folterverbot absolut und duldet keinerlei Modifizierung. Selbst das Einverständnis oder gar die Forderung des Beschuldigten etwa im Sinne mittelalterlicher „Wahrheitsproben“ würden hieran nichts im Geringsten ändern. Schließlich möchte ich noch abschließend in diesem Zusammenhang darauf hinweisen, dass über diese objektive Wertordnung – wie ich sie verstehe und vertrete – die Todesstrafe selbst dann abgeschafft wäre, wenn dies nicht schon vom Verfassungsgeber positiv über Art. 102 GG angeordnet worden wäre.

## 2. Die verfassungsrechtliche Mikroebene

a) Auf der verfassungsrechtlichen Mikroebene tritt der einzelne Mensch allein in den Mittelpunkt der Betrachtung. Die Würde des Menschen ist im Grundgesetz der oberste Wert (BVerfGE 6, 32 <41> - Elfes; stRspr). Der Satz „Der Mensch muss immer Zweck an sich selbst bleiben“, gilt uneingeschränkt für alle Rechtsgebiete; denn die unverlierbare Würde des Menschen als Person besteht gerade darin, dass er als selbstverantwortliche Persönlichkeit anerkannt bleibt (BVerfGE 45, 187 <228>). Es liegt nahe, dass gerade im strafprozessualen Bereich die Stellung des Beschuldigten im Verfahren besonderer Gestaltung bedarf. Es ist vor allem darauf Bedacht zu nehmen, dass „der Zweck nicht die Mittel heilt“. Gerade der nicht selten zu hörende Einwurf, die Verbrecher bewegten sich im High-Tech-Zeitalter, während die Polizei mit dem Fahrrad hinterherhechelt, ist schief und liegt weit neben der Sache. Die „Verbrecher“ unterliegen keinen rechtsstaatlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben. Der Staat darf ihnen nur mit den Eingriffsmaßnahmen begegnen, die den „Täter“ nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung seines verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs machen (BVerfGE 45, 187 <228>).

Es ist deshalb ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass es der menschlichen Würde widerspricht, den Menschen zum bloßen Objekt im Staate zu machen (so etwa BVerfGE 27, 1 <6>). Diese verfassungsrechtliche Gewährleistung ist – wie auch das Folterverbot - abwägungsfest. Im Hinblick darauf darf das Recht auf Achtung seiner Würde auch dem Straftäter nicht abgesprochen werden, mag er sich in noch so schwerer und unerträglicher Weise gegen alles vergangen haben, was die Wertordnung der Verfassung unter ihren Schutz stellt (BVerfGE 64, 261 <284>; 72, 105 <115>). Hier scheint ebenfalls die objektive Wertordnung des Grundgesetzes wie auch die Selbstdefinition eines Staates als Rechtsstaat auf. Insofern duldet das Rechtsstaatsprinzip keinerlei Relativierung des Verhältnisses Staat zu den Menschen, wenn es um Eingriffe in das Innerste des Menschen geht.

b) Allerdings bedeutet diese Sicht nicht, dass staatliches Strafen nur unter engen Voraussetzungen zulässig wäre. Das ist schon deshalb nicht der Fall, weil der Staat seiner Schutz- und Friedenssicherungspflicht gegenüber den Menschen wirksam genügen muss. Einschränkungen und Konturen, die ihn hierbei einengen mögen, ergeben sich nur für die Mittel zur Umsetzung. So sind zusammengefasst lediglich grausame oder übermäßig harte Strafurteile wegen Verstoßes ge-

gen Art. 1 Abs. 1 GG unzulässig (BVerfGE 1, 332 <348>). Die Menschenwürde wird auch nicht durch eine Strafverfolgung nach langer Zeit verletzt (BVerfGE 1, 418 <423>). Diese Frage hat durch die Möglichkeiten der DNS-Analyse und wegen der - im Übrigen sehr zu begrüßenden - Aufhebung der Verjährungsfristen für schwerste Straftaten an Aktualität gewonnen.

c) Hieraus ergeben sich schon abstrakte Folgerungen für die Ausgestaltung strafprozessualer Eingriffsmaßnahmen. Selbst wenn es an einer positiven Ausformung im Grundgesetz fehlt, sind durch die grundrechtlichen Gewährleistungen, ihren Inhalt, die von ihnen geschützten Bereiche und die ihnen jeweils immanente institutionelle Komponente schon genügend Konturen zu erkennen, die sichere Aussagen für die Ausgestaltung strafprozessualer Eingriffsmaßnahmen durch den Gesetzgeber und in Vollzug seiner Vorgaben durch die zuständigen Behörden zulassen. Das ist aus meiner Sicht das entscheidende für das Thema, weil nur bei einer solchen übergeordneten objektiven Sicht von vornherein keinerlei Missverständnisse dahingehend auftreten können, dass etwa das Bundesverfassungsgericht in Verkennung von Gegebenheiten und Notwendigkeiten den zuständigen

Behörden innerhalb eines strafprozessualen Ermittlungsverfahrens überflüssige oder unnötige Fesseln anlegen könnte.

Der Verfassungsgeber bestimmt hiergegen ausdrücklich und gestuft nach den geschützten Bereichen Vorgaben für den Gesetzgeber und die Behörden. Es lassen sich folgende Regelungsbereiche erkennen, die unterschiedlichen Eingriffsmöglichkeiten geöffnet sind. An der Spitze steht die Würde des Menschen, die gemäß Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG unantastbar ist. Der Wortlaut der Verfassung ist eindeutig: Die Würde des Menschen duldet keinerlei Abstriche und ist von vornherein abwägungsfest, sie ist absolut und deshalb jeglichem staatlichem Eingriff verschlossen.

Anders verhält es sich etwa mit dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit wie auch der Freiheit der Person. Gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG darf in diese Rechte aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden. Die Regelungstechnik ist auch hier eindeutig. Der Verfassungsgeber bringt mit dem Wort „nur“ unmissverständlich zum Ausdruck, dass außerhalb gesetzlicher Regelungen diese Rechte nicht zur Disposition staatlicher Behörden stehen. Vergleichbar sind die an sich unverletzlichen Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis staatlichen Eingriffen eröffnet, wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage besteht. Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG bringt dies als Grundsatz zum

Ausdruck. Für die Frage, welchen Bindungen wiederum nun der Gesetzgeber bezüglich seiner Regelungsbefugnis unterliegt, besagt Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG, dass unter bestimmten Voraussetzungen der Betroffene hiervon nicht in Kenntnis gesetzt zu werden braucht und dass auch entgegen dem Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes – außerhalb der speziellen Grundrechte und Art. 19 Abs. 4 GG – die gerichtliche Nachprüfung ausgeschlossen werden kann.

Durch die Regelung des Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG unterliegt zugleich die Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts von entsprechenden Eingriffsmaßnahmen ihrerseits Beschränkungen. Es hat nicht vom Gehalt der geschützten Grundrechtsbereiche her die Sach- und Rechtslage zu betrachten, sondern anhand des vom verfassungsändernden Gesetzgeber vorgesehenen Maßstabs des Art. 10 Abs. 2 GG. Allerdings ist diese Regelung noch unter einem anderen Gesichtspunkt bemerkenswert. Es entspricht einer modernen Entwicklung im Rechtsstaat und innerhalb der rechtsstaatlichen Ordnung, dass bei der Bestimmung der staatlichen und der Individualsphäre (Beispiel im Atomrecht, BVerfGE 49, 89 – Schneller Brüter) immer dann, wenn die materiell-rechtliche Gewährleistung des Grundgesetzes für den Einzelnen im übergeordneten gesamtstaatlichen Interesse zurückweichen

**Kommentar [HS1]:** Die Änderung von 1968 wird auf S. 26 näher beleuchtet. Das Minderheitsvotum von Jaeger und Hohmann-Dennhardt auf S. 27. M.E. daher hier keine weiteren Ausführungen notwendig.

muss, jedenfalls verfahrensrechtliche Sicherungen gesucht werden müssen, die verhindern, dass der jeweils Betroffene zum Objekt staatlichen Handelns würde. Das ist aus der Individualsicht die Wertung des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG mit der Unantastbarkeit der Menschenwürde, aus der staatlichen Sicht die Selbstdefinition als Rechtsstaat aufgrund der den grundgesetzlichen Gewährleistungen jeweils inwohnenden institutionellen Komponente.

In Bezug auf die Unverletzlichkeit der Wohnung gemäß Art. 13 Abs. 1 GG stoßen wir bezüglich der Zulässigkeit staatlicher Eingriffsmassnahmen auf eine noch differenziertere Regelungstechnik des Verfassungsgebers. Dort kommt gleichsam der Richter ins „Spiel“, wenn Art. 13 Abs. 2 GG bestimmt, dass Durchsuchungen im Regelfall nur durch den Richter angeordnet werden dürfen. Es liegt auf der Hand, dass in einem in den Gesetzen hiervon für zulässig erachteten Ausnahmefall, nämlich der Anordnung durch andere staatlichen Organe, die im Gesetz bestimmten Voraussetzungen nachgewiesen werden müssen. Wenn das Bundesverfassungsgericht hierfür wie auch im Falle der regulären Anordnung der Durchsuchung durch den Richter eine rechtsstaatlichen Anforderungen genügende schriftliche Begründung fordert (hierzu BVerfGE 103, 142 <151>; 109, 279 <359>), geht es nicht darum, dass – wie mir in einer Diskussion zu dieser Frage ent-

gegengehalten wurde – die zuständigen Behörden seitenweise überflüssige Ausführungen „pinseln“ müssten, sondern darum, dass – und das kann mit wenigen, allerdings zutreffenden Worten geschehen – der Kern des Ganzen dargestellt wird. Andernfalls ist eine rechtsstaatliche Prüfung daraufhin, ob die Vorgaben des Gesetzgebers, der seinerseits die Vorgaben der Verfassung aufnimmt und nachzeichnet, eingehalten werden, nicht möglich. Es handelt sich also nicht um l'art pour l'art, sondern um essentielle rechtsstaatliche Verpflichtungen.

Neben Art. 13 GG bezüglich der Unverletzlichkeit der Wohnung und seinen Absätzen 2 bis 7 weist ein vergleichbar dichtes Regelungsprogramm nur noch Art. 104 GG in Bezug auf die Rechtsgarantien bei Freiheitsentziehung auf. Daraus zu schließen, der Gesetzgeber wäre bei Regelung von Eingriffen in andere grundrechtliche Gewährleistungen freier, wäre ein Fehlschluss. Die Abklärung des Gehalts einer Gewährleistung aus sich heraus, vor dem Hintergrund der vom Verfassungsgeber eröffneten Eingriffsmöglichkeiten, und die Gesamtschau der Gewährleistung im Verhältnis zu den anderen Gewährleistungen des Grundgesetzes wie auch aller Gewährleistungen in ihrem Zusammenhang bietet gerade dem Bundesverfassungsgericht eine gefestigte und von der Verfassung so gewollte Grundlage, die Vorgaben für den Gesetzgeber und die von den zuständigen Behörden zu

beachtenden Verpflichtungen im Falle von Eingriffsmaßnahmen festzulegen, zu präzisieren und zu verdeutlichen. Anhand einiger ausgewählter Bereiche möchte ich diese Erkenntnisse im nachfolgenden Abschnitt III. konkret erläutern.

### III. Einzelne strafprozessuale Eingriffsmaßnahmen

1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts setzt grundlegend mit zwei markanten Entscheidungen des Ersten Senats aus dem Jahre 1963 ein. Sie betrafen die Verfassungsmäßigkeit des § 81a StPO sowie dessen verfassungsmäßige Handhabung der zuständigen Behörden gegen einen Verdächtigen. Im Beschluss vom 10. Juni 1963 (BVerfGE 16, 194) ging es um die Anordnung einer Liquor-Entnahme beim Verdächtigen. Das Bundesverfassungsgericht setzt sich zunächst mit der Frage auseinander, ob gegen die Vorschrift als solche verfassungsrechtliche Bedenken bestünden. Es verneint dies mit eingehender Begründung (S. 199 bis 201). Allerdings besagt die Bejahung der Verfassungsgemäßheit der angewendeten Vorschrift noch nichts darüber, ob im konkreten Einzelfall die darauf gestützte Maßnahme ihrerseits keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet. Zutreffend wird insoweit die Frage nach der Verhältnismäßigkeit der Liquor-Entnahme im Verhältnis zu dem dem Tatverdacht zu-

grunde liegenden Sachverhalt gestellt. Wie auch sonst bei belastenden staatlichen Eingriffen dürfen das eingesetzte Mittel und der zu bewältigende Sachverhalt – hier die Schwere der Tat und die mutmaßlich zu erwartende Höhe der Strafe – nicht in einem Missverhältnis zueinander stehen. Ein solches war vorliegend handgreiflich gegeben. Nach den zugrunde liegenden fachgerichtlichen Feststellungen handelte es sich um eine Bagatellsache. Wegen einer Bagatellangelegenheit darf der Beschuldigte gegen seinen Willen einem solchen Eingriff nicht ausgesetzt werden.

An dieser Stelle konnte man die verfassungsgerichtliche Prüfung aus Gründen der Prozessökonomie und des praktischen Vorrangs auf sich beruhen lassen. Allerdings liegt es mir bei solchen Sachverhaltsgestaltungen näher, schon objektiv mit Rücksicht auf das Rechtsstaatsprinzip die Zulässigkeit eines derart weitgehenden Eingriffs zu verneinen. Bei der Aufklärung von Bagatellsachen darf selbst bei Zustimmung oder gar Forderung des Betroffenen ein solch weitgehender Eingriff in die körperliche Unversehrtheit nicht einmal in Erwägung gezogen werden. Es handelt sich vorliegend zwar nicht um eine absolute Sperrwirkung von vornherein für den Eingriff als solchen – wie bei der Frage des Einsatzes eines Lügendetektors –, sondern um eine absolute Sperrwirkung nach Erkennen der hier fehlenden Verhältnismäßig-

keit. Dann ist allerdings auch keine Dispositionsmöglichkeit des Betroffenen gegeben.

Schon in dem weiteren Beschluss vom 25. Juli 1963 (BVerfGE 17, 108) entwickelt der Erste Senat seine vorangehenden Überlegungen weiter. Es ging dort um eine Hirnkammerluftfüllung beim Verdächtigen. Die Frage der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs wird weiter aufgehärtet. Sie erfordert im Strafverfahren hiernach vor allem, dass die Maßnahme unerlässlich ist, sie in angemessener Relation zur Schwere der Tat steht und dass die Stärke des bestehenden Tatverdachts dies rechtfertigt (S. 117 f.).

In der Reihe der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zu § 81a StPO steht ein Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Februar 1978 (BVerfGE 47, 239). Die seinerzeitige Verfassungsbeschwerde betraf die Frage, ob das Grundgesetz es verbietet, Haar- und Barttracht eines Beschuldigten zum Zwecke seiner Gegenüberstellung mit Zeugen unter Anwendung unmittelbaren Zwanges zu verändern. Die Verfassungsbeschwerde blieb – zu Recht – ohne Erfolg. Bei der gegebenen Sachverhaltsgestaltung war nicht mehr die Frage zu prüfen, ob § 81a StPO verfassungsgemäß sei.

Diese Frage war nach den Entscheidungen im 16. und 17. Band der amtlichen Sammlung als solche grundsätzlich geklärt. Vielmehr spitzte sich die Fragestellung daraufhin zu, ob die konkrete Maßnahme - Veränderung der Haar- und Barttracht eines Beschuldigten – im konkreten Fall hierauf gestützt werden könne. Im Wege der Auslegung des an sich schon verfassungsgemäßen § 81a StPO bejaht das Bundesverfassungsgericht die Frage im Anschluss an die zuvor ergangenen fachgerichtlichen Entscheidungen (S. 247 ff.). Von daher stellte sich dann anschließend zwangsläufig die Frage, ob der Eingriff verhältnismäßig sei. Zu Recht charakterisiert das Bundesverfassungsgericht ihn als relativ geringfügigen Eingriff, der zudem mit keiner übermäßigen Belastung verbunden sei. Auch die Relation zwischen Eingriff und Verdacht der zugrunde liegenden Straftaten (Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung, schwerer Raub, Diebstahl, Vergehen gegen das Waffengesetz u.a.) war fraglos gegeben.

Misslich ist allerdings, dass das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang meint, es handele sich schon deshalb um keine übermäßige Belastung des Betroffenen, zumal § 81a StPO erheblich einschneidendere Maßnahmen als diese gestatte. Dieser Gesichtspunkt besagt für die Handhabung des § 81a StPO im konkreten Einzelfall nichts. Folgerichtig zu Ende gedacht würde diese Überlegung

jeden geringfügigeren Eingriff als den nach § 81a StPO weitestgehend zulässigen ohne Rücksicht auf die Zweck-Mittel-Relation legitimieren. Das erlaubt die Verfassung aber gerade nicht.

2. In den letzten Jahren ist der Einfluss des Verfassungsrechts auf strafprozessuale Eingriffsmaßnahmen vom Bundesverfassungsgericht vor allem in zwei Bereichen nachhaltig in das Bewusstsein aller Beteiligten gerückt worden. Es handelt sich hierbei zum einen um das Recht der Untersuchungshaft in Bezug auf Anordnung und Aufrechterhaltung sowie um die Anforderungen bei Durchsuchungen und Beschlagnahmen.

a) Die Untersuchungshaft muss in Anordnung und Vollzug dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerecht werden. Daraus folgt, dass den vom Standpunkt der Strafverfolgung aus erforderlich und zweckmäßig erscheinenden Freiheitsbeschränkungen ständig der Freiheitsanspruch des noch nicht verurteilten Beschuldigten als Korrektur entgegen zu halten ist (BVerfGE 19, 342 <347>). Dieser Satz mag zunächst allgemein und letztlich nichtssagend erscheinen, hat aber in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Reihe konkreter Auswirkungen hervorgebracht.

Bei der ihm hiernach obliegenden Abwägung hat der Richter stets im Auge zu behalten, dass es der vornehmliche Zweck und der eigentliche Rechtfertigungsgrund der Untersuchungshaft ist, die Durchführung eines geordneten Strafverfahrens zu gewährleisten und die spätere Strafvollstreckung sicherzustellen. Ist sie zu einem dieser Zwecke nicht mehr nötig, so ist es unverhältnismäßig und daher grundsätzlich unzulässig, sie anzuordnen, aufrechtzuerhalten oder zu vollziehen (BVerfGE 19, 342 <349>). Auch kann vor diesem Hintergrund allein die Schwere der Tat oder eine „Erregung der Bevölkerung“ nicht die Verhängung von Untersuchungshaft rechtfertigen. Dies hat das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der Regelung des § 112 Abs. 3 StPO (§ 112 Abs. 4 StPO a. F.), die nach ihrem Wortlaut die Anordnung der Untersuchungshaft auch dann zulässt, wenn kein Haftgrund nach § 112 Abs. 2 StPO vorliegt, ausgesprochen (BVerfGE 19, 342 <349 f.>).

Bei der Abwägung erfordert auch der Umstand Beachtung, dass sich mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft das Gewicht des Freiheitsanspruchs gegenüber dem Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung vergrößern kann (BVerfGE 36, 264 <270>). Die verfassungsrechtliche Abwägung zwischen der Strafverfolgungspflicht des Staates und dem Freiheitsanspruch des Beschuldigten verändert

sich somit, je länger die Untersuchungshaft währt. Dies findet seine Rechtfertigung in den Folgen, die die Untersuchungshaft für den Betroffenen mit sich bringt. Wird der Beschuldigte freigesprochen, so ist der durch die verfahrenssichernde Freiheitsentziehung entstandene Schaden - ungeachtet der finanziellen Ansprüche, die das Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen gewährt - seiner Natur nach irreparabel. Wird er hingegen zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, läßt sich der Strafausspruch entweder überhaupt nicht mehr oder nur noch teilweise vollziehen. Da die Untersuchungshaft nach § 51 StGB regelmäßig auf die erkannte Strafe anzurechnen ist, verbleibt bei überlanger Haftdauer, während der sich der Beschuldigte lediglich in Verwahrung befindet, nicht selten kein Strafrest und oftmals nur eine Reststrafzeit, die zu kurz ist, um einen sinnvollen und erfolgversprechenden Strafvollzug zu ermöglichen (BVerfGE 36, 264 <270>).

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit setzt aber auch unabhängig von der zu erwartenden Strafe der Haftdauer Grenzen. Damit ist zugleich das Beschleunigungsgebot in Haftsachen angesprochen (grundlegend BVerfGE 20, 45 <50>). Eine erhebliche Überschreitung der in § 121 Abs. 1 StPO bestimmten Höchstdauer kann nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur ganz ausnahmsweise als zu-

lässig erachtet werden. Es muss sich nicht nur um ein außergewöhnlich umfangreiches und schwieriges Ermittlungsverfahren wegen besonders schwerer Straftaten handeln. Vielmehr müssen die Strafverfolgungsbehörden auch nachweisen können, dass sie alles in ihrer Macht stehende getan haben, um die Ermittlungen so schnell wie möglich abzuschließen und die gerichtliche Entscheidung über die dem Beschuldigten vorgeworfenen Taten herbeizuführen (BVerfGE 21, 220 <222>).

b) Was Durchsuchungen und Beschlagnahmen betrifft, ist zunächst festzuhalten, dass das Bundesverfassungsgericht in den letzten Jahren immer häufiger Entscheidungen der Fachgerichte aufheben musste, die die Durchsuchung betreffen. Die Zunahme verfassungswidriger Maßnahmen in diesem existenziellen Bereich ist besorgniserregend und man muss den Eindruck gewinnen, dass sich die Gerichte nicht immer bewusst sind, welche Folgen mit einer Durchsuchung und Beschlagnahme für die Betroffenen verbunden sind. Es handelt sich um einen massiven Grundrechtseingriff. Mit der Durchsuchung und der Beschlagnahme kann schon die Vernichtung der bürgerlichen Existenz des Betroffenen selbst dann verbunden sein, wenn sich nachträglich deren Rechtswidrigkeit auch wegen Nichterweisens des Tatverdachts

herausstellt. Vorausgeschickt werden muss, dass sich von der Konstruktion der einschlägigen gesetzlichen Grundlagen her als äußerst misslich erweist, dass der Bundesgerichtshof nicht in den Instanzenzug integriert ist und deshalb auch nicht die Meinungsführerschaft der Fachgerichte übernehmen kann. Diese wird auf diese Weise – wie auch bei der Untersuchungshaft – zwangsläufig dem Bundesverfassungsgericht zugewiesen. Sie wächst ihm gleichsam zu. Damit sind nicht selten Friktionen verbunden, weil auch im Rechtsstaat nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass verfassungsrechtliche Erinnerungen und Mahnungen als störend und deshalb überflüssig angesehen werden.

Viele Durchsuchungsbeschlüsse weisen Mängel bei der Prüfung des Tatverdachts auf. Der gerichtliche Durchsuchungsbeschluss dient allerdings auch dazu, die Durchführung der Eingriffsmaßnahme messbar und kontrollierbar zu gestalten. Die Rechtsprechungslinie des Bundesverfassungsgerichts hierzu setzt schon im Jahre 1966 ein. Es ging um die Durchsuchung der Presseräume des Spiegel (so genannte Spiegel-Affäre BVerfGE 20, 162). Dort hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts grundlegend ausgeführt, dass der Richter den Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend genau umgrenzen müsse, weil nur so der

Eingriff messbar und kontrollierbar bleibe. Dieser Forderung genüge der Richter nicht, wenn er sich auf den einfachen Ausspruch beschränke, dass bestimmte Personen oder Räume durchsucht werden dürften und Ziel und Ausmaß der Durchsuchung dem Ermessen der Exekutive überlasse (S. 224; siehe in diesem Zusammenhang auch BVerfGE 27, 71; 27, 104; 42, 212 <220>; 103, 142 <151>). Diese Verfassungsrechtsslage bedingt, dass der Durchsuchungsbeschluss vor allem den Tatvorwurf so beschreiben muss, dass der äußere Rahmen abgesteckt wird, innerhalb dessen die Zwangsmaßnahme durchzuführen ist. Des Weiteren muss die Durchsuchung rechtsstaatlich begrenzt werden. Aus diesem Grunde muss der Richter die aufzuklärende Straftat, wenn auch nur kurz, doch so genau umschreiben, wie es nach den Umständen des Einzelfalls möglich ist (BVerfGE 20, 162 <224>; 42, 212 <220 f.>).

Ein Durchsuchungsbefehl, der keinerlei tatsächliche Angaben zum Inhalt des Tatvorwurfs enthält und der zudem den Inhalt der konkret gesuchten Beweismittel nicht erkennen lässt, wird rechtsstaatlichen Anforderungen jedenfalls dann nicht gerecht, wenn solche Darlegungen nach dem bisherigen Ergebnis der Ermittlungen ohne weiteres möglich und den Zwecken der Strafverfolgung nicht abträglich sind (BVerfGE 42, 212 <220 f.>; 44, 335 <371>; 45, 82; 71, 64 <65>).

Schließlich gilt, was niemanden verwundern wird, auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der Betroffene muss einen Eingriff in seine grundrechtlich geschützte Lebenssphäre in der Substanz erdulden, wenn die Wohnung durchsucht wird. Schon aus diesem Grunde müssen – wie auch bei den zuvor behandelten Eingriffen in die körperliche Integrität und die persönliche Freiheit – Zweck, Mittel und mutmaßlicher Erfolg einander entsprechen.

3. Aufgrund der fortschreitenden technischen Entwicklung, die in den letzten Jahren rasant an Fahrt gewonnen und dementsprechend für auf kriminelle Machenschaften bedachte Personen wirksame Arbeitsmöglichkeiten eröffnet hat, ist das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis ebenso wie das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung in das Zentrum verfassungsrechtlicher Streitigkeiten gerückt.

Diese Entwicklung hat schon Ende der 60er-Jahre des vorigen Jahrhunderts eingesetzt, als mit § 1 des 17. Gesetzes zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24. Juni 1968 (BGBl I S. 709) Art. 10 GG in der Weise geändert wurde, dass unter bestimmten Voraussetzungen Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses auch ohne Bekanntgabe an den Betroffenen und unter Ausschluss des Rechtswegs vorgenommen werden durften. In dem vor dem Zweiten

Senat ausgetragenen Verfassungsrechtsstreit (BVerfGE 30, 1) hat sich – soweit ersichtlich – erstmalig zentral die Frage danach gestellt, ob die Grundgesetzänderung gegen Art. 79 Abs. 3 GG – die Wesensgehaltsgarantie – verstoße. Im Tenor wird ausdrücklich die Vereinbarkeit des § 1 des Gesetzes und des neuen Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG wie auch des Art. 19 Abs. 4 Satz 3 GG hiermit bestätigt. Ich möchte nicht verhehlen, dass ich eher der abweichenden Meinung der Richter Geller, von Schlabrendorff und Rupp (S. 33 ff.) zuneige. Es geht hier substantiell um die Frage, ob der Mensch im Rechtsstaat nicht zum Objekt gemacht wird, wenn eine Benachrichtigung von der überaus belastenden Maßnahme und die Nachprüfung durch ein unabhängiges Gericht ausgeschlossen sind. Es wird hier von der Senatsmehrheit übersehen, dass mit der Kontrolle einer solchen Maßnahme durch eine Teilgliederung des Parlaments oder auch eine Institution innerhalb des Funktionsbereichs Exekutive elementare rechtsstaatliche Grundsätze verletzt werden. Beide Einrichtungen müssen letztlich darauf zurückgeführt werden, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber wiederum Richter in eigener Sache ist. Der hier vorliegende Sachverhalt erinnert fatal an Femegerichte aus längst vergangener Zeit und menschenverachtende Maßnahmen staatlicher Institutionen während der Jahre 1933 bis 1945.

In diesem Zusammenhang ist – weil ohne substantiellen Unterschied – das Urteil des Ersten Senats vom 3. März 2004 zur Änderung des Art. 13 Abs. 3 GG durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 26. März 1998 (BGBl I S. 610) zu nennen (BVerfGE 109, 279). Zu Recht weisen dort die Richterinnen Jaeger und Hohmann-Dennhardt darauf hin, dass die Neuregelung in Art. 13 Abs. 3 GG mit Art. 79 Abs. 3 GG nicht vereinbar und daher nichtig ist (S. 382 ff.).

Diese beiden Entscheidungen legen ein Fehlverständnis des Gesetzgebers davon, wie der Rechtsstaat den das Recht brechenden Menschen begegnen darf, offen: Der Rechtsstaat darf zur Verfolgung der ihm obliegenden Verpflichtungen, Sicherstellung der Beachtung der Rechtsordnung, Friedenspflicht im Innern, Rechtssicherheit und Abwehr von Gefahren für die rechtsstaatliche Ordnung, nur rechtsstaatliche Mittel einsetzen. Keinesfalls heiligt der Zweck die Mittel, wobei wegen vielerlei Unwägbarkeiten hinsichtlich Bestätigung des Tatverdachts, Schuld und vielerlei hier maßgeblicher Elemente mehr äußerste Vorsicht und Zurückhaltung angezeigt ist. Irren ist menschlich und wir werden tagtäglich auch mit ganz grundlegenden Irrtümern konfrontiert.

Durch die hier in Rede stehenden Grundgesetzänderungen wird – zunächst unmerklich – das Menschenbild des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG

und das aufgrund der Selbstdefinition als Rechtsstaat verrückt. Mittelbar wird der Mensch eben doch zum Objekt staatlichen Handelns. Es springt geradezu ins Auge, dass zum einen im Zuge einer sich rasch entwickelnden Technik der Staat nicht angemessen und schon gar nicht sachgerecht reagiert. Er verlagert seine Reaktionen gänzlich auf eine Sekundärebene. Diese umfasst repressive, wie auch präventive Maßnahmen, so die Speicherung von Kfz.-Kennzeichen (Urteil vom 11. März 2008 – 1 BvR 2074/05, 1254/07, NJW 2008, S. 1505), Vorratsdatenspeicherung (Beschluss vom 11. März 2008 – 1 BvR 265/08, NVwZ 2008 S. 543) wie auch Online-Durchsuchung (Urteil vom 27. Februar 2008 – 1 BvR 370, 595/07, NJW 2008, S. 822). Hier gehen präventive und repressive Ansätze staatlichen Handelns in einer diffusen Gemengelage ineinander über. Die Gemengelage war schon bei der Entscheidung des Ersten Senats zum G10-Gesetz (BVerfGE 100, 313 <394>) und den Entscheidungen des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Februar 2004 zum Wegfall der Höchstdauer der Sicherungsverwahrung (BVerfGE 109, 133 – keineswegs einstimmig, S. 190), wie auch zur nachträglichen Sicherungsverwahrung (BVerfGE 109, 190 mit abweichender Meinung von Broß, Osterloh und Gerhardt, S. 244 ff.) offenkundig.

Die rechtsstaatliche Legitimation kann für alle genannten Bereiche und für die insoweit in Rede stehenden Maßnahmen des Staates gegen die Menschen allenfalls dann nachgewiesen werden, wenn vorher auf einer Primärebene alle rechtsstaatlich in Betracht kommenden und sonach die Freiheit der Menschen weniger beeinträchtigenden und ihre Persönlichkeit in der Substanz achtenden Mittel ausgeschöpft sind. Hieran fehlt es seit vielen Jahren. Die schrankenlose Öffnung staatlicher Grenzen ist zunächst ein überaus begrüßenswertes Vorhaben, trübt aber die Freude hierüber schon deshalb, weil der Wegfall der Grenzkontrollen zu verdeckten Ermittlungen und Schleierfahndung im Rückraum der Grenzen geführt hat, von denen auch Gesetzesbrüchen sehr fern stehende Menschen betroffen und deren Bewegungsfreiheit sowie Unbefangenheit auf diese Weise zwangsläufig eingeengt werden.

Es leuchtet auch nicht ein, dass durch die Ausgestaltung des Bankgeheimnisses wie auch des internationalen Zahlungsverkehrs rund um den Globus unter Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland und der EU im Zusammenhang mit der Globalisierung der Finanz- und Wirtschaftsmärkte es kriminellen Elementen in großem Umfang erleichtert wird, auch solche die Staaten gefährdenden Delikte zu begehen, die unter mehrfacher Einschränkung elementarer grundge-

setzlicher Gewährleistungen im Widerspruch zu Art. 79 Abs. 3 GG ausgeglichen werden sollen. Selbst wenn es Art. 79 Abs. 3 GG nicht gäbe, wäre schon nach der von mir vertretenen Auffassung aufgrund der Selbstdefinition des Rechtsstaats all das ausgeschlossen.

Die neu geschaffenen Ermittlungsmöglichkeiten und die neuen technischen Mittel führen zudem dazu, dass Ermittlungsmaßnahmen vielfach gebündelt auftreten. Das macht es notwendig, den Blick vom singulären Grundrechtseingriff auch auf die auftretende Gesamtbelastung des Betroffenen zu lenken. Unzulässig ist und bleibt die vollständige „Rundumüberwachung“ des Betroffenen. In den übrigen Fällen gebietet es der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die kumulativen Belastungen so gering wie möglich zu halten. Der Zweite Senat hat in seiner Entscheidung zur Observation mittels GPS (BVerfGE 112, 304) besondere Anforderungen an das Verfahren bei solchen „additiven“ Grundrechtseingriffen gestellt. Die Staatsanwaltschaften müssen ihre Ermittlungseingriffe dokumentieren und, insbesondere durch die Nutzung des länderübergreifenden staatsanwaltschaftlichen Verfahrensregisters, koordinieren. Außerdem hat das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber angemahnt, – etwa durch entsprechende Richtlinien – dafür zu sorgen, dass unkoordinierte Ermittlungsmaßnahmen verschiedener Behörden verlässlich verhindert werden (S. 321).

Schließlich und letztlich: Es ist auch zu bedenken, dass mit den aufgrund dieser Neuregelungen ermöglichten geradezu ausufernden Eingriffsmöglichkeiten ein Ermittlungsaufwand getätigt wird, der von keinem Gericht in rechtsstaatlich angemessener Weise bewältigt werden kann. Der Druck in Richtung Deal wird nicht durch die prägnante Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts etwa zur Dauer der Untersuchungshaft ausgelöst, sondern dadurch, dass ein Ermittlungsaufwand betrieben wird, dem ein Gericht im Straferkenntnisverfahren nicht mehr rechtsstaatlich gerecht werden kann. Es ist deshalb unabdingbar, dass die strafprozessualen Regelungen des Strafermittlungsverfahrens und des Straferkenntnisverfahrens aufeinander abgestimmt werden und dass der Gesetzgeber künftig, aber auch für die Vergangenheit, der von mir beschriebenen Primärebene die aktuell verfassungsrechtlich gebotene Aufmerksamkeit widmet.