

Paolo Ramadori

Die Abwägung von Freiheit und Sicherheit

Eine rechtsvergleichende Untersuchung der grund-
und menschenrechtlichen Vorgaben in Deutschland
und im Vereinigten Königreich



Nomos

Beiträge zum ausländischen und
vergleichenden öffentlichen Recht

Band 41

Herausgegeben von
Christian Starck

Paolo Ramadori

Die Abwägung von Freiheit und Sicherheit

Eine rechtsvergleichende Untersuchung der grund-
und menschenrechtlichen Vorgaben in Deutschland
und im Vereinigten Königreich



Nomos

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

Zugl.: Hamburg, Bucerius Law School, Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6224-8 (Print)

ISBN 978-3-7489-0340-6 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist während und nach meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Michael Fehling an der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – entstanden. Im April 2019 wurde die Arbeit von der Hochschule als Dissertation angenommen. Die mündliche Promotionsprüfung fand am 20. Juni 2019 statt.

Mein besonderer Dank gilt Prof. Dr. Michael Fehling, der die Entstehung der Arbeit begleitet und gefördert hat. Prof. Dr. Christian Bumke danke ich herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Die Arbeit befindet sich auf dem Stand von November 2018.

Für ihre langjährige Unterstützung danke ich Dr. Irmela Kahlert, Dr. Wiebke Thurm und Dr. Philipp Tieben.

Hamburg, im Oktober 2019
Paolo Ramadori

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil: Einleitung	21
A. Erkenntnisinteresse	22
I. Rationale und inhaltsneutrale Strukturierung sicherheitsrechtlicher Grundrechts- und Abwägungsentscheidungen	23
II. Ein prozeduraler Abwägungsbegriff als Vergleichsgrundlage und als Beitrag zu internationalen Abwägungs- und Verhältnismäßigkeitsdebatten	25
III. Zusätzlicher Aufschluss über Konvergenz- und Rechtsübernahmehypothesen	27
B. Zum Verhältnis von Abwägung und Verhältnismäßigkeit in dieser Untersuchung	29
C. Asymmetrischer Rechtsvergleich	29
D. Gang der Untersuchung	30
Zweiter Teil: Vorbereitung des Vergleichs	31
A. Vergleichsgegenstände: Menschenrechtsschutzsysteme in Deutschland und im Vereinigten Königreich	31
I. Funktionaläquivalenz: Juristische Instrumente der Auflösung des Spannungsverhältnisses von Freiheit und Sicherheit	32
II. Zuordnung einzelner Methoden der Grund- und Menschenrechtsanwendung	35
1. Juristische Allgemeinbegriffe von Entscheidungsmethoden als Zuordnungskriterien	35
2. Entwicklung von Allgemeinbegriffen für die wichtigsten Methoden der Menschenrechtsanwendung	36
a) Abwägung	37
aa) Rhetorische Figur	37
bb) Abwägungsgesetz	39
cc) Entscheidungsverfahren	43
b) Auslegung	46
c) Fallrechtsmethode	49

d) Umgang mit frei oder problembezogen strukturierten Begründungselementen	52
B. Metasprache des Abwägungsverfahrens	53
I. Grundoperationen im Entscheidungsverfahren	54
1. Abwägungseröffnung	54
2. Auswahl einschlägiger Gesichtspunkte	54
3. Gewichtung	55
4. Wertende Gegenüberstellung und Bestimmung des Abwägungsergebnisses	57
II. Spielräume	58
1. Zwingende Erkenntnispielräume	59
2. Kontingente Spielräume	60
C. Vergleichsmaßstab	61
I. Gemeinsames Grundverständnis juristischer Entscheidungsbegründungen	62
II. Vollständigkeit, Rationalität und Transparenz der Begründung	66
Dritter Teil: Problemfelder der abwägungsgeprägten Grundrechtsanwendung in Deutschland	70
A. Die verfassungsrechtliche Güterabwägung als dominante Methode der Grundrechtsanwendung	71
I. Grundsatzkritik: Irrationalität und Inhaltstendenz	71
1. Juristische Methodenlehre	71
2. Grundrechtsdogmatische Ausprägung	73
a) Irrationalität des Entscheidungsverfahrens	73
b) Vorbestimmter Ausgang der Abwägung heterogener Gesichtspunkte	77
c) Auslegung als positives Gegenbild	78
II. Verfassungsrechtliche Abwägungsdogmatik und -kritik im Licht des Allgemeinbegriffs „Abwägung“	83
1. Verhältnismäßigkeitsprinzip	84
a) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Abwägung im Sinne des Allgemeinbegriffs	85
aa) Schutzbereichsbestimmung als „Auswahl des Abwägungsmaterials“ auf Grundrechtsträgerseite	85
bb) Legitimität des Zwecks und Geeignetheit als „Auswahl des Abwägungsmaterials“ zur Rechtfertigung des Eingriffes	86

cc)	Geeignetheit als „Abwägungseröffnung“	87
dd)	Die Erforderlichkeit der Maßnahme als vergleichende „konkrete Gewichtung“ unterschiedlicher Handlungsalternativen	88
ee)	Angemessenheit oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn als „Gewichtung“, „wertende Gegenüberstellung“ und „Bestimmung des Abwägungsergebnisses“	92
b)	Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Gegenstand und Diskussionsrahmen verfassungsrechtlicher Abwägungskritik	97
aa)	Methodische Zweifel	97
	(1) Irrationalität	98
	(a) „Auswahl des Abwägungsmaterials“ und „Abwägungseröffnung“ – Herbeireden künstlicher Abwägungslagen durch „Kollisionsdenken“?	98
	(b) Gewichtung – Ursprung methodischer und verfassungsrechtlicher Rationalitätskritik	100
	(aa) Unvermeidbare methodische Defizite	101
	(bb) Unzulänglichkeit verfassungsrechtlicher Gewichtungsregeln	101
	(c) Verhältnis von Erforderlichkeit und Angemessenheit – verlässliches Tatsachenurteil gegen irrationale Wertung?	104
	(aa) Klassische, abwehrrechtliche Konstellationen	105
	(bb) Komplexe, mehrpolige Sachverhalte	106
	(cc) Fazit	108
	(2) Inkommensurabilität	108
bb)	Inhaltliche Tendenzwirkung	110
	(1) Keine Herabwertung der Grundrechte durch Berücksichtigung in einer Abwägung	111
	(2) Im Gegenteil: Freiheitstendenz des Verhältnismäßigkeitsprinzips	113

(3) Zweigliedrige Optimierung der Freiheitsinteressen	115
2. Untermaßverbot	116
a) Ursprünge, Anwendungsbereich und Rechtsprechungsentwicklung	116
b) Prüfprogramm	119
aa) Vollständiger Interessenausgleich im Sinne der zweiten Abtreibungsentscheidung	120
bb) Analyse mithilfe des Allgemeinbegriffs	122
cc) Berücksichtigung des gesetzgeberischen Spielraumes	124
dd) Fazit: Keine „umgekehrte Verhältnismäßigkeitsprüfung“	125
c) Kritik	126
aa) Irrationalität und Inkommensurabilität	126
bb) Inhaltliche Tendenzwirkung	127
(1) „hinlänglicher Schutz“/Erforderlichkeit	127
(2) Angemessenheit	129
3. Ausgleich widerstreitender Grundrechtspositionen oder „praktische Konkordanz“	129
a) Das Prinzip praktischer Konkordanz bei Hesse: Stufenverhältnis von Pareto-Optimierung und Abwägung	130
b) Jeweils einseitige Verwirklichung des Stufenverhältnisses durch Verhältnismäßigkeit und Untermaßverbot	131
c) Schlussfolgerungen für die Operationalisierung des Prinzips praktischer Konkordanz: Modifizierte Verhältnismäßigkeit oder eigenständiges Prüfprogramm?	133
aa) Gleichrangigkeit oder Asymmetrie von Schutzpflicht und Abwehranspruch?	133
bb) Anwendungsbereich: Überprüfung staatlichen Handelns, nicht staatlichen Unterlassens	135
cc) Prüfprogramm: zweigliedrige und gegenläufige Optimierung	135
III. Zusammenfassung offener Fragen und Abgrenzung allgemeiner und sicherheitsspezifischer Kritikpunkte	137

B. Die Abwägung im Sicherheitsverfassungsrecht: Erosion der Freiheitsrechte?	139
I. Anwendungsdefizite der Abwägung und methodenimmanente Optimierungsvorschläge	139
1. (Informations-) Vorsorge und Verhältnismäßigkeit: Erforderliche Tatsachengrundlage bei Präventionsmaßnahmen	140
a) Problem: Verlust der Begrenzungswirkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unter Ungewissheitsbedingungen	142
aa) Vorsorge und Verhältnismäßigkeit im Risikoverwaltungsrecht	142
bb) Aufweichen polizeirechtlicher Begrenzungskategorien bei der Beurteilung von Maßnahmen der (Informations-)vorsorge	146
b) Lösung I: Besondere Anforderungen an Eingriffsermächtigungen für Maßnahmen im Gefahrenvorfeld	151
aa) Informationserhebungseingriffe	152
bb) Risikosteuerungseingriffe	157
c) Lösung II: Mangelnde Effektivität von Vorsorgemaßnahmen als eingriffsbegrenzendes Moment?	159
2. Abstrakte Gewichtung: Verfassungstheoretisches und -rechtliches Verständnis von Sicherheit und Freiheit	161
a) Allgemeine Staatslehre	161
b) Verfassungsdogmatik	163
aa) Wissenschaftsdebatte	163
bb) Rechtsprechung	167
3. Bestimmung der Eingriffstiefe bei Informationserhebungsmaßnahmen und verfassungsrechtliche Berücksichtigung der Verantwortlichkeitsproblematik	168
II. Abwägungsskepsis und externe Sicherungsmechanismen	172
1. Abwägungsvermeidung durch Aufwerten tatsachenorientierter Prüfungspunkte	173
2. Verfahrenssicherungen	174
3. Abwägungsfeste Grundrechtsgehalte: Der Kernbereich privater Lebensgestaltung	176
4. Verbot staatlicher Rundumüberwachung	179

III. Zusammenfassung offener Fragen	181
Vierter Teil: Das Vordringen der Abwägung in der Menschenrechtsanwendung des Vereinigten Königreiches	183
A. Zur Einführung: Juristischer Menschenrechtsschutz im Vereinigten Königreich.	183
I. Residual freedom	184
II. Common law human rights	186
III. <i>Human Rights Act</i>	189
IV. Exkurs: Menschenrechtsschutz in Schottland, Nordirland und Wales	191
V. Brexit: Keine unmittelbaren Auswirkungen eines Austritts des Vereinigten Königreiches aus der Europäischen Union	193
B. Das Methodengefüge menschenrechtlicher Argumentationen: Ausbildung von Abwägungsregeln und Kritik unter dem Aspekt der Funktionenteilung	194
I. Die menschenrechtliche Abwägung	195
1. Wednesbury unreasonableness – der allgemeine Maßstab materieller Ermessenskontrolle im britischen Verwaltungsrecht	196
a) Materielle Grundlagen und Prüfungsmaßstäbe der Verwaltungskontrolle	197
b) Prüfprogramm und Anwendungspraxis	199
2. Heightened scrutiny – modifizierter wednesbury-Maßstab bei Anwendung der common law human rights	201
a) Erweiterung der materiellen Grundlagen und Anpassung der Prüfungsmaßstäbe der Verwaltungskontrolle	202
b) Prüfprogramm und Anwendungspraxis	204
3. Proportionality	206
a) Common law human rights	207
b) <i>Human Rights Act</i>	208
aa) Erweiterung der materiellen Grundlagen der Verwaltungskontrolle um ein (verfassungs-) gesetzliches Menschenrechtsschutzsystem, erweiterte Prüfungsmaßstäbe und -kompetenzen sowie Spannungen im britischen Institutionengefüge	208

bb) Materiellrechtliche Entwicklung der Abwägungsregel	212
(1) Rezeption	212
(2) Prüfprogramm	214
(a) „Auswahl des Abwägungsmaterials“ und „Abwägungseröffnung“	215
(b) Necessity als vergleichende, „konkrete Gewichtung“	217
(aa) Die kanadische Lesart des Merkmals in Wissenschaft und Praxis	218
(bb) Necessity als „relative proportionality“?	221
(c) „Gewichtung“, „wertende Gegenüberstellung“ und „Feststellung des Abwägungsergebnisses“	224
(3) Fazit: gesicherte Rezeption, aber zögerliche Weiterentwicklung des proportionality-Prinzips in der Wissenschaft	225
cc) Überlagerung materieller Gesichtspunkte durch Fragen der Kontrolldichte	226
(1) Konsens: grundsätzliche Legitimität richterlicher Zurückhaltung	228
(2) Zurückhaltung als Rechtsprinzip – judicial deference	229
(3) Zurückhaltung als rechtlich undeterminierte Alltagspraxis – non-doctrinal approach	231
(4) Das Verhältnis von Ausgangs- und Überprüfungsinstanz als Zwiegespräch gleichberechtigter demokratischer Akteure	232
(5) Fazit: Geringe praktische Relevanz der deference-Debatte	233
4. Hinweise auf weitere Abwägungsregeln und Menschenrechtsfunktionen unter dem HRA	233
II. Auslegung, Präjudizmethode und freie Argumentation als Konkurrentinnen der Abwägung	236
1. Common law human rights: Präjudizmethode und freie Argumentation	236
2. <i>Human Rights Act</i> : Auslegung und Präjudizmethode	239

III. Zwischenergebnis: Innovations- und Rationalisierungsimpulse für Abwägungsdebatte in Deutschland?	241
C. Das Sicherheits(verfassungs-)recht im Spiegel der britischen Wissenschaftsdebatte: Wandel des überkommenen Verfassungsgefüges?	243
I. Struktur, Geschichte und Rechtfertigung des Antiterrorrechts	245
II. Rechtsprechung seit 2001	249
1. Fallgruppen	250
2. Besondere Bedeutung der executive measures und außergewöhnliche Prägekraft der Belmarsh-Entscheidung von 2004	252
III. Wissenschaftsdebatte	256
1. Präventionsthematik	258
2. Materiellrechtliche Entwicklung der Menschenrechtsanwendung	259
a) Prüfprogramm des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	259
b) Gewichtung menschenrechtlicher Gesichtspunkte	259
c) Gewichtung von Sicherheitsargumenten	260
3. Schwerpunkt: Institutionelle Fragen	261
a) Justiziabilität sicherheitsgeleiteter Entscheidungen	261
b) Sicherheitsspezifische deference-Debatte	262
c) Gesamtbewertung des sicherheitsrechtlichen Menschenrechtsschutzes anhand institutioneller Kriterien	264
III. Zwischenergebnis: Innovations- und Rationalisierungsimpulse für das deutsche Sicherheitsverfassungsrecht?	266
D. Die höchstrichterliche Sicherheitsjudikatur im Vereinigten Königreich seit dem 11. September 2001	266
I. Überblick	267
1. Allgemeine Charakteristika der untersuchten Begründungen	267
2. Schwerpunkt der Menschenrechtsprüfung	270
II. Methodengefüge	271
1. Präjudizargumentation	271
a) Schutzbereichsbestimmung in dienender Funktion	272

b) Schutzbereichsbestimmung als entscheidender Prüfschritt – control orders	273
aa) Überblick und Einordnung	274
bb) Vereinbarkeit von Kontrollverfügungen mit Art. 5 Abs. 1 EMRK – JJ	275
(1) Lord Bingham's Leitvotum	276
(2) Weitere Voten im Fall JJ	278
(3) Folgeentscheidungen	279
cc) Vereinbarkeit von Kontrollverfügungen mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK – MB/AF	280
(1) Schutzbereich: Kontrollverfügung als zivilrechtliche Maßnahme	281
(2) Reichweite der Gewährleistung und unverfügbare Kerngehalt	282
dd) Weitere Voten im Fall MB/AF	284
c) Anwendungen der Fallrechtsmethode in der Rechtfertigungsprüfung	285
d) Querschnittsfrage: Tatsachenverarbeitung	288
2. Auslegung	289
3. Abwägung	290
a) Metaphorischer und methodischer Gebrauch des Begriffs	290
aa) Rechtfertigungsprüfung	292
bb) Schutzbereichsbestimmung	293
b) Freie und konsequente Anwendung des proportionality-Prüfprogramms	296
c) Einzelne Grundoperationen	299
aa) Auswahl des Abwägungsmaterials und Abwägungseröffnung	299
(1) Legitimate aim	299
(2) Rational Connection	301
bb) Das necessity-Merkmal als Gefäß verschiedener Argumentationsmuster	304
(1) Disparate Voraussetzungen	304
(2) Die dritte Prüfungsstufe als Antidiskriminierungskriterium	306
(3) Klassische Erforderlichkeitsargumentationen	307
(4) Fazit: Große Ähnlichkeit zur deutschen Praxis mit Ausnahme der Gleichheitsargumentationen	310

cc) Gewichtung	310
(1) Konkrete Gewichtung	311
(a) Freiheitsinteressen	312
(b) Rechtfertigende Gesichtspunkte	316
(2) abstrakte Gewichtung	321
(a) Freiheitsinteressen	321
(b) Sicherheitsgesichtspunkte	324
dd) Wertende Gegenüberstellung und Feststellung des Abwägungsergebnisses	327
d) Kontrolldichte	330
4. Berücksichtigung des Vorverständnisses	332
III. Zwischenergebnis: Die britische Menschenrechtsanwendung in ihrer Reifezeit	334
Fünfter Teil: Ergebnisse und Zusammenfassung	341
A. Abwägungskritik und Sicherheitsdebatte in Deutschland; Untersuchungsziel	341
B. Vorbereitung des Vergleichs	342
I. Vergleichsgegenstände	342
II. Metasprache des Abwägungsvorganges	344
III. Vergleichsmaßstab	345
C. Problemfelder der abwägungsgeprägten Grundrechtsanwendung in Deutschland	345
I. Das Methodengefüge der Grundrechtsdogmatik	345
II. Abwägung im Sicherheitsverfassungsrecht: Erosion der Freiheitsrechte?	350
D. Das Vordringen der Abwägung in der Menschenrechtsanwendung des Vereinigten Königreiches	352
I. Zur Einführung: Juristischer Menschenrechtsschutz im Vereinigten Königreich	352
II. Die Entwicklung der Menschenrechtsanwendung, der Verwaltungskontrolle und der materiellen Abwägungsregeln	352
II. Das Sicherheits(verfassungs-)recht im Spiegel der britischen Wissenschaftsdebatte: Wandel des überkommenen Verfassungsgefüges?	354
III. Die höchstrichterliche Sicherheitsjudikatur im Vereinigten Königreich seit dem 11. September 2001	355

Literaturverzeichnis

359

