

MARKUS THIEL

Die „Entgrenzung“
der Gefahrenabwehr

Jus Publicum

205

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 205



Markus Thiel

Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr

Grundfragen von Freiheit und Sicherheit
im Zeitalter der Globalisierung

Mohr Siebeck

Markus Thiel, geboren 1973; Studium der Rechtswissenschaften in Köln und der Verwaltungswissenschaften in Speyer; 1999 Promotion zum Dr. iur. und 2003 Promotion zum Dr. rer. publ.; 2010 Habilitation; derzeit Privatdozent an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

e-ISBN PDF 978-3-16-151286-5
ISBN 978-3-16-150576-8
ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

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

© 2011 Mohr Siebeck Tübingen.

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 Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond-Antiqua gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Schrift ist im Wintersemester 2009/2010 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als schriftliche Habilitationsleistung angenommen worden. Rechtsprechung und Literatur sind im Wesentlichen bis Oktober 2010 berücksichtigt; später ergangene Entscheidungen und veröffentlichtes Schrifttum sind im wissenschaftlichen Apparat nur nachgetragen, wenn sie unmittelbar einschlägig waren. Da das Sicherheitsrecht, wie sich im Laufe der Untersuchung zeigen wird, einem stetigen Wandel unterworfen ist, kann eine rechtswissenschaftliche Abhandlung die Gesetzeslage nur in einer „Momentaufnahme“ abbilden – der Verfasser hofft gleichwohl, dass seine Ausführungen zu vielen der zeitlosen grundlegenden Rechtsfragen auch über die Lebensdauer des ephemeren Normenbestands hinaus Gewicht und Geltung haben werden.

Mein besonderer Dank gilt vor allem meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Univ.-Prof. Dr. *Johannes Dietlein*. Während meiner langjährigen Tätigkeit an seinem Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre hat er mein juristisches Denken und meine wissenschaftliche Arbeit entscheidend geprägt, mir stets aber auch genügend Freiräume für eigene Wege eröffnet.

Herzlich danken möchte ich außerdem Herrn Univ.-Prof. Dr. *R. Alexander Lorz*, LL.M. für die Erstellung des Zweitgutachtens und seine wertvollen und wohlwollenden inhaltlichen Hinweise. Nicht allein an ihnen zeigt sich die äußerst anregende, kollegiale und erfreuliche Arbeitsatmosphäre der Düsseldorfer Juristischen Fakultät.

Meiner Tante, Frau *Gerda Charlotte Judith*, bin ich für ihre großzügige Unterstützung durch die Übernahme der Druckkosten für diese Schrift zu großem Dank verpflichtet.

Dem Mohr Siebeck-Verlag danke ich für die Aufnahme meiner Habilitationsschrift in seine Reihe *Jus Publicum*.

Ich widme diese Arbeit meinen lieben Eltern in Dankbarkeit.

Köln, Dezember 2010

Markus Thiel

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Einleitung	1
1. Teil: Herausforderungen an das Recht der inneren und äußeren Sicherheit.	5
A. Die „Informationsgesellschaft“ und ihre Gefährdungen	6
I. Ausprägung und Charakteristika der „Informationsgesellschaft“	6
1. Die gesellschaftliche Bedeutung der „Information“.	6
2. Anforderungen an die Rechtsordnung	8
3. Wachsende Bedeutung der Vorsorge	12
4. Informationsgesellschaft und Steuerungsfunktion des Rechts	14
5. Rechtliche Gestaltung der Informationsgesellschaft als politische Aufgabe	17
6. Eignung traditioneller Kategorien des Rechts zur Bewältigung der Informationsgesellschaft	20
7. Internationalisierung und Globalisierung	22
II. Die „Informationsgesellschaft“ und ihre rechtliche Bedeutung	24
III. „Informationsgesellschaft“ und „Risikogesellschaft“	27
IV. „Internet-Devianz“	29
B. „Internationaler Terrorismus“.	30
I. Begriff des „Terrorismus“	31
II. Besonderes Bedrohungspotenzial des „Internationalen Terrorismus“	35
III. Reaktionen des Gesetzgebers.	39
1. Die „Anti-Terror-Pakete“ I und II	41
2. Insbesondere: Die Änderung des Bundesverfassungs- schutzgesetzes.	43
IV. Nivellierung der Grenzen von innerer und äußerer Sicherheit .	45
V. Notwendigkeit intensivierter Kooperation	46

C. „Organisierte Kriminalität“	46
2. Teil: Der Begriff der „Gefahrenabwehr“	51
A. Gefahrenbegriff.	51
I. Schutzgüter und Schutzkomponenten	52
1. Öffentliche Sicherheit	52
2. Öffentliche Ordnung.	54
II. Hinreichende Wahrscheinlichkeit bzw. Gewissheit eines Schadenseintritts, „Störung“	65
B. Abgrenzungen	67
I. Vorsorge	67
1. „Vorverlagerung“ staatlichen Handelns	68
2. Vorsorge als Reaktion auf „Ungewissheit“	70
3. Vorsorge als Rechtsprinzip	75
4. „Vorsorge“ in einfachgesetzlichem Gewand: das Beispiel des Immissionsschutzrechts	77
a) Die Vorsorgepflichten des Anlagenbetreibers nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG.	77
b) Begriffliche Konturierung	79
5. Vorsorgeziele	81
a) Vermeidung von Gefahrenlagen – „Gefahrenvorsorge“	81
b) Schaffung einer „Pufferzone“ vor der Gefahrenschwelle	82
c) „Verteilungsgerechtigkeit“ und „Ressourcenschonung“	83
d) „Sanierungskomponente“	84
6. Überdehnung des Vorsorgegedankens?	84
a) Vorsorgepflichten als Innovationshemmnis?	84
b) Zu extensive Handhabung des Vorsorgegedankens?	85
7. Verfassungsrechtliche Bindungen von Vorsorgemaßnahmen	90
8. Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Vorsorge?	91
II. Repressives Handeln.	95
III. Daseinsvorsorge	96
IV. Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten.	100
1. Verhütung von Straftaten	101
2. Verfolgungsvorsorge	102
V. Staatliche Infrastrukturverantwortung	114
1. „Kritische“ Infrastrukturen	114
2. „Verletzlichkeit der Informationsgesellschaft“	116
3. Reichweite staatlicher Infrastrukturverantwortung	118

4. Insbesondere: Schutz vor schädigendem Zugriff	123
5. Eigensicherung und Indienstnahme	125
a) Gesetzliche Eigensicherungspflichten.	125
b) Eigensicherung oder Indienstnahme am Beispiel des nordrhein-westfälischen Hafensicherheitsgesetzes	127
C. „Sicherheitsvorsorge“ als „dritte Aufgabenkategorie“?.	134
 3. Teil: Das Grunddilemma der Gefahrenabwehr: Freiheit oder Sicherheit?	 137
A. Freiheit als Wert mit Verfassungsrang	138
B. Sicherheit als Wert mit Verfassungsrang	140
I. Begriff der Sicherheit	141
II. Verfassungsrechtliche Bedeutung der Sicherheit	143
1. Ideengeschichtlicher Überblick	144
2. Sicherheit als Gemeinwohlgut.	147
3. Staatsaufgabe Sicherheit	149
a) Staatsziel Sicherheit	149
b) Subjektives Recht auf Sicherheit	150
c) Insbesondere: „Grundrecht auf Sicherheit“?.	154
III. Beteiligung Privater an Gefahrenabwehraufgaben.	159
1. „Privatisierung“ der Gefahrenabwehr?.	159
2. Insbesondere: „Haftungsintermediäre“ im Internet	167
C. Der Ausgleich zwischen Freiheit und Sicherheit – Allgemeiner Vorrang der Freiheit?	 179
D. Der Ausgleich von Freiheit und Sicherheit als genuine Aufgabe des Gesetzgebers	 182
 4. Teil: Ausdifferenzierung gefahrenabwehrrechtlicher Eingriffsermächtigungen	 187
A. Einleitung	187
B. Gefahrenabwehr oder Förderung des subjektiven Sicherheitsgefühls?	 188

C. Das Gefahrenabwehrrecht als „reaktives“ Recht	193
D. Grundrechtliche Vorgaben für gesetzliche Eingriffsermächtigungen zur Gefahrenabwehr	194
I. Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG)	195
1. Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung und „Informationseingriffe“	195
a) Der Kernbereichsschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	195
b) Inkonsequenz des Kernbereichsschutzkonzepts des Bundesverfassungsgerichts?	198
2. Lebensrettende Aussageerzwingung und Folterverbot	201
3. Ermächtigung zum Abschuss entführter Passagiermaschinen (§ 14 Abs. 3 a.F. LuftSiG)	216
II. Das (Grund-)Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)	221
1. Dogmatische Herleitung – das „Volkszählungsurteil“ des Bundesverfassungsgerichts	222
2. Gewährleistungsgehalte des (Grund-)Rechts auf informationelle Selbstbestimmung	224
a) Abwehrrechtliche Gewährleistungselemente.	224
aa) Grundlagen	224
bb) Verfassungsgerichtliche Konturierung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung	229
(1) Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen nach dem Außenwirtschaftsgesetz (BVerfGE 110, 33 ff.)	229
(2) Automatisierte Erfassung von Kraftfahrzeug-Kennzeichen (BVerfGE 120, 378 ff.)	231
(3) Rasterfahndung zu präventiv-polizeilichen Zwecken (BVerfGE 115, 320 ff.)	241
b) Objektiv-rechtliche Funktionen, teilhabe- und leistungsrechtliche Gewährleistungselemente	259
c) „Recht auf Vergessen“	262
3. Kritik des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung	264
III. Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme („Computer-Grundrecht“)	268
1. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur „Online-Durchsuchung“ (BVerfGE 120, 274 ff.)	268
2. Herleitung und Inhalt des „Computer-Grundrechts“	271
a) Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	271
b) Grundrechtliche Schutzlücke	274

aa) Art. 10 Abs. 1 GG	274
bb) Art. 13 Abs. 1 GG	275
cc) Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG	277
dd) Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	277
c) Sachlicher Schutzbereich	279
d) Kriterien der Eingriffsintensität	280
e) Beschränkungsmöglichkeiten – Anforderungen an die Gefahrenlage	280
f) „Computer-Grundrecht“ und grundrechtliche Schutzpflichten	281
3. Kritik des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur „Online-Durchsuchung“	284
a) Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Konturierung eines „neuen“ Grundrechts	284
b) Bestehen einer grundrechtlichen Schutzlücke	287
aa) Recht auf informationelle Selbstbestimmung	287
bb) Art. 13 Abs. 1 GG	292
c) Persönlicher Schutzbereich des Grundrechts.	293
d) Schutzwürdiges Vertrauen in Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme	294
e) Modifikation des Gefahrenbegriffs	295
aa) Die Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts	295
bb) Alternative Lösungsansätze im Schrifttum	298
(1) „Abstrakte Gefahr“	298
(2) „Gefahrenverdacht“	299
(3) „Risiko“	300
f) Prozedurale Anforderungen	304
g) Unzulässigkeit der „Online-Durchsuchung“?	304
IV. Das Grundrecht auf Wahrung des „Telekommunikations- geheimnisses“ (Art. 10 Abs. 1 GG).	305
1. Gewährleistungsgehalt	305
a) Schutz des „Telekommunikationsgeheimnisses“	306
b) Informationspflichten.	306
c) Verhältnis zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung	310
2. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum sog. „IMSI-Catching“ (BVerfG, NJW 2007, 351 ff.)	312
a) Repressive und präventive Einsatzermächtigungen	312
b) Technische Einwände gegen das „IMSI-Catching“	314
c) Grundrechtliche Bewertung des „IMSI-Catchings“	316
3. „Vorratsdatenspeicherung“ nach §§ 113 a, 113 b TKG	323

V. Das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG)	328
1. Gewährleistungsgehalt	328
2. „Großer Lauschangriff“	329
5. Teil: Veränderungen der föderalen Kompetenzordnung	333
A. Kompetenzfragen der Novelle des Bundeskriminalamtgesetzes.	333
I. Die Neuregelung des Bundeskriminalamtgesetzes.	333
II. Kompetenzfragen	335
III. Exkurs: Weitere Einwände gegen die Novelle des Bundeskriminalamtgesetzes	340
1. Regelung von „Online-Durchsuchung“ und „Quellen- Telekommunikationsüberwachung“	340
2. Eilfallkompetenz	342
3. Richtervorbehalt und Begründungserfordernis	345
4. Zuständigkeit zur Prüfung möglicher Kernbereichs- verletzungen bei der „Online-Durchsuchung“	346
5. Zeugnisverweigerungsrechte	347
B. Kooperation zwischen Bund und Ländern im Bereich des Katastrophenschutzes	351
C. Einsatz der Bundeswehr im Inneren	353
D. Aufgabenerweiterung von Bundesgrenzschutz bzw. Bundespolizei	361
6. Teil: Relativierung des Trennungsgebotes	367
A. Tendenzen zur Relativierung des Trennungsgrundsatzes	368
I. Repressive Kriminalitätsbekämpfung	368
II. Präventiver Bereich	370
B. Herleitung und Rang des Trennungsgebotes	372
I. Einfachgesetzlicher Bestand	372
II. Verfassungsrang des Trennungsgebotes?	374
1. Ansätze in der Rechtsprechung	374
2. Dogmatische Herleitung eines Trennungsgebotes mit Verfassungsrang.	379

a) Herleitung aus dem „Polizeibrief“ der alliierten Militärgouverneure	380
b) Herleitung aus geltendem Verfassungsrecht	381
C. Wirkungen des Trennungsgebotes	385
I. Folgen des Gebots organisatorischer Trennung	385
II. Gebot informationeller Trennung?	386
1. Informationelle Zusammenarbeit als Folge organisatorischer Trennung	387
2. Beispiele informationeller Zusammenarbeit	390
a) „Projektbezogene gemeinsame Dateien“	390
b) „Gemeinsames Terrorabwehrzentrum“.	391
c) „Antiterrordatei“	394
 7. Teil: Internationalisierung und Europäisierung der Gefahrenabwehr	 399
A. Grenzüberschreitende Kooperation	400
I. IKPO – „Interpol“	403
II. Europol	405
III. „Schengen-Besitzstand“	409
1. Schengener Übereinkommen und Schengener Durchführungsübereinkommen	409
2. „Schengener Informationssystem“ (SIS)	411
3. Erweiterung des „Schengen-Besitzstands“ durch den „Vertrag von Prüm“.	413
4. „Schengener Grenzkodex“.	417
5. Europäische Agentur für die operative Sicherheit an den Außengrenzen – „FRONTEX“	418
a) Verordnungsermächtigung	418
b) Funktion und Aufgaben von „FRONTEX“	419
c) Rechtsschutzfragen	422
IV. Bilaterale Zusammenarbeit	424
V. Datenschutz im Rahmen internationaler polizeilicher Zusammenarbeit	425

B. Bundeswehreinätze im Ausland	432
I. Beteiligung an ESVP-Einsätzen der Europäischen Union.	432
II. Einsatz der Bundeswehr im Rahmen von ESVP-Missionen zur Bekämpfung der Seepiraterie	433
1. Rechtlicher Rahmen der Pirateriebekämpfung	434
a) Pirateriebekämpfung nach Völkergewohnheitsrecht	434
b) Pirateriebekämpfung nach geschriebenem Völkerrecht.	435
2. Die ESVP-Mission „Atalanta“	437
a) Resolutionen des Sicherheitsrates	438
b) Operation „Atalanta“	441
c) Deutsches Mandat und Bundeswehreinatz	442
d) Verfassungsrechtliche Grundlage für den Einsatz der Bundeswehr	445
e) (Verfassungs-)rechtliche Bewertung der Operation „Atalanta“	451
C. Einsatz deutscher Polizeikräfte in Auslandsmissionen	457
I. „Wahrnehmungskompetenz“	460
II. Auslandseinsatz der Bundespolizei und Art. 87 a Abs. 2 GG	467
III. Parlamentsvorbehalt für den Auslandseinsatz von Polizeikräften?	470
„Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr – eine Grenzüberschreitung?	473
Literaturverzeichnis	481
Stichwortverzeichnis	565

Einleitung

Das Recht der inneren und äußeren Sicherheit scheint an Kontur zu verlieren. In verschiedenen Bereichen ist eine „Entgrenzung“ der Tätigkeit der Polizei- und Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder sowie der Streitkräfte festzustellen: So erfassen etwa Polizisten im Vorfeld konkreter Gefahrenlagen automatisch Kraftfahrzeugkennzeichen und schleusen heimlich „Bundestrojaner“ in die Personalcomputer ahnungsloser Bürger ein, um zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus persönliche Daten auszuspähen. Die Bundespolizei wird sukzessive mit weit reichenden Befugnissen ausgestattet und zu Auslandseinsätzen entsandt, die Bundeswehr gerät im Rahmen eines ESVP-Einsatzes der Europäischen Union in bewaffnete Auseinandersetzungen mit Piraten am „Horn von Afrika“. Bei Europol und in internationalen gemeinsamen Zentren zu Zwecken der Terrorismusbekämpfung werden personenbezogene Daten deutscher Staatsangehöriger gesammelt, gespeichert und weiterverarbeitet. Deutsche Polizisten finden Verwendung im Rahmen internationaler Einsätze zur Sicherung der Außengrenzen der Europäischen Union. Die Trennlinie zwischen innerer und äußerer Sicherheit scheint zunehmend brüchig zu werden.

Sind diese Modifikationen der „Sicherheitsarchitektur“ durch eine gewandelte Gefährdungssituation gerechtfertigt, oder begegnen sie durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken? Es lässt sich nicht bestreiten, dass sich die Bewertung der Sicherheitslage in Deutschland, Europa und der Welt angesichts der in den Terroranschlägen des 11. September 2001 erstmals manifest gewordenen neuartigen Bedrohungspotenziale in den vergangenen Jahren zu Recht deutlich verändert hat. Im Zeitalter der Globalisierung¹ und der sich stetig intensivierenden Nutzung moderner Informations- und Kommunikationstechnik in der „digitalen Welt“² sind die nationalen staatlichen Sicherheitsakteure vor besondere Herausforderungen gestellt. Denn neben die neuartigen Ge-

¹ Zum Begriff etwa *U. Beck*, Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung, 2007; *I. Kerner*, Globalisierung, in: G. Göhler/M. Iser/I. Kerner (Hrsg.), Politische Theorie. 22 umkämpfte Begriffe zur Einführung, 2004, S. 190ff.; vgl. zu den verfassungsrechtlichen Herausforderungen die Beiträge von *G. Nolte* und *R. Poscher*, VVDStRL Bd. 67 (2008), S. 129ff. und S. 160ff.

² Zu den Aufgaben der Polizei in der „digitalen Welt“ s. *J. Ziercke*, Kriminalistik 2008, 76ff.; s. auch *M. Gercke*, MMR 2008, 291ff., zur Bekämpfung der Internetkriminalität als Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden.

fahrenlagen durch den naturwissenschaftlich-technischen Fortschritt treten weitere Gefährdungspotenziale, die etwa vom internationalen Terrorismus und der „Organisierten Kriminalität“ ausgehen. Diese Erscheinungen sind eng miteinander verknüpft: Denn einerseits bedienen sich Terroristen wie organisierte Kriminelle moderner Informations- und Kommunikationsmittel, wie sich etwa am aktuellen Beispiel der technisch „hochgerüsteten“ Piraten vor der Küste Somalias zeigt, zum anderen reagiert der Gesetzgeber auf die entsprechenden Bedrohungen unter anderem durch den Erlass höchst heterogener (und hinsichtlich ihrer verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit oftmals zweifelhafter) Befugnisnormen, die den Gefahrenabwehrbehörden den Einsatz moderner Informations- und Kommunikationstechnik erlauben. Flankiert werden diese Legislativmaßnahmen beispielsweise durch sicherheitspolitische Überlegungen, mittels einer Änderung des Grundgesetzes den Weg für den Einsatz der Streitkräfte im Inneren – etwa im Falle drohender bzw. bereits erfolgter Terroranschläge – frei zu machen, sowie durch die stetige Erweiterung der Aufgaben und Befugnisse der Bundespolizei.

Die Frage nach der Ausgestaltung der nationalen und internationalen „Sicherheitsarchitektur“ der Zukunft erweist sich als sensibel und diffizil. Denn der Gesetzgeber hat bei der gesetzlichen „Justierung“ des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit vielfältige verfassungsrechtliche Bindungen zu berücksichtigen und zugleich sowohl den Sicherheitsbedürfnissen in der Bevölkerung als auch den Vorgaben des Grundgesetzes bezüglich der Freiheit als Wert mit Verfassungsrang Rechnung zu tragen. Wie regelmäßig im Zusammenhang mit der Diskussion um die rechtliche Bewältigung des naturwissenschaftlich-technischen Fortschritts werden Stimmen laut, die dem Recht angesichts der neuartigen Gefährdungslagen insgesamt seine Steuerungsfähigkeit³ absprechen – nicht zuletzt auch deshalb, weil sich die verfassungsrechtlichen Direktiven unter Umständen als „Fesseln“ für die Entwicklung eines schlagkräftigen und effizienten öffentlichen Sicherheitsrechts erweisen können. Versagt also das Recht als Mittel der Gewährleistung und Regulierung sowie der „Hegung“ (privater) Gewalt, weil etwa die dezidierten grundrechtlichen Vorgaben beispielsweise den Erlass wirksamer, aber auch besonders einschneidender Eingriffsnormen weitgehend sperren, oder weil die Qualität der entsprechenden einfachgesetzlichen Normen angesichts der Komplexität der zu regelnden Lebenssachverhalte zu wünschen übrig lässt? Ist der Staat darüber hinaus angesichts dieser Entwicklungen darauf verwiesen, sich auf die Bereitschaft der Bevölkerung zur Gewaltlosigkeit zu verlassen? Wird künftig – in Abwandlung des Diktums von *Ernst-Wolfgang Böckenförde*⁴ – auch der „Sicherheitsstaat“

³ Zur „Steuerungskapazität“ des Rechts etwa *D. Neumann*, *Vorsorge und Verhältnismäßigkeit*, 1994, S. 206 ff.

⁴ *E.-W. Böckenförde*, *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, 1976, S. 60.

von Voraussetzungen leben müssen, die er selbst nicht garantieren kann? Im Gefahrenabwehrrecht verlegt sich der Gesetzgeber, wie bereits angedeutet, anstelle einer solchen Resignation weitgehend auf eine Vorverlagerung normativer Sicherungsmaßnahmen in den Bereich der Gefahrenvorsorge. Ob und inwieweit diese Maßnahmen sowie die entsprechenden informations- und kommunikationsbezogenen Eingriffsermächtigungen als verfassungskonform zu gelten haben, soll diese Untersuchung zeigen.

Angesichts der Verschiebungen der zeitlichen bzw. räumlichen „Ansatzpunkte“ gefahrenabwehrrechtlicher Bestimmungen kann von einer „*Entgrenzung*“ der Gefahrenabwehr, ja des Rechts der inneren und äußeren Sicherheit insgesamt gesprochen werden. Dies zeigt sich auch jenseits der Schaffung neuer Eingriffsermächtigungen anhand weiterer sicherheitsrelevanter Bereiche. Insgesamt lassen sich mehrere tatsächliche und rechtliche Entwicklungstendenzen ausmachen, die im Folgenden zu vier Ausprägungen typisiert werden sollen:⁵ Die Ausdifferenzierung einfachgesetzlicher gefahrenabwehrrechtlicher Eingriffsermächtigungen (u. 4. Teil), die Veränderungen in der föderalen Kompetenzordnung (u. 5. Teil), die Relativierung des sog. „Trennungsgebotes“ bezüglich Polizei- und Verfassungsschutzbehörden (u. 6. Teil) sowie die Internationalisierung und Europäisierung des Gefahrenabwehrrechts (u. 7. Teil).

Die staatstheoretischen und verfassungsrechtlichen Aspekte eines Rechts auf Sicherheit bzw. der damit korrespondierenden staatlichen Pflichten sind bereits und gerade auch in der jüngeren Vergangenheit ausführlich und präzise behandelt worden,⁶ ebenso der Themenkreis der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr im Internet⁷ und die Rechtsfragen im Zusammenhang mit der „Bewältigung“ neuartiger Technologien.⁸ Eine umfassende Untersuchung der verfassungsrechtlichen, namentlich der grundrechtlichen Vorgaben für das Handeln

⁵ Eine ähnliche Typisierung nimmt *H.-J. Lange*, in: S. Huster/K. Rudolph (Hrsg.), *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, 2008, S. 64 (65 ff.), für die Terrorismusbekämpfung vor; er ergänzt unter Auslassung der Internationalisierung als weitere Entwicklungstendenz die „Zunahme der gesellschaftlichen Kontrolle“.

⁶ *M. Möstl*, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Sicherheitsgewährleistungen im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union*, 2002; *P.-T. Stoll*, *Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft. Verfassungsordnung, Umwelt- und Technikrecht im Umgang mit Unsicherheit und Risiko*, 2003; zu neueren Entwicklungen im Sicherheitsrecht jüngst *M. Kötter*, *Pfade des Sicherheitsrechts. Begriffe von Sicherheit und Autonomie im Spiegel der sicherheitsrechtlichen Debatte der Bundesrepublik Deutschland*, 2008.

⁷ *M. Germann*, *Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet*, 2000; *A. Greiner*, *Die Verhinderung verbotener Internet-Inhalte im Wege polizeilicher Gefahrenabwehr*, 2001; *E. Perrey*, *Gefahrenabwehr und Internet. Befugnisse der Polizei im Lichte eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung*, 2002. – Allgemein zur Gefahrenabwehr vgl. etwa *R. Poscher*, *Gefahrenabwehr. Eine dogmatische Rekonstruktion*, 1999.

⁸ S. etwa nur die Beiträge von *J. Ipsen*, *D. Murswiek* und *B. Schlink*, *VVDStRL Bd. 48* (1990), S. 177 ff., S. 207 ff. und S. 235 ff.; s. auch *L. Jaeckel*, *Gefahrenabwehr und Risikodogmatik. Moderne Technologien im Spiegel des Verwaltungsrechts*, 2010, S. 5 ff.

der staatlichen „Sicherheitsakteure“ unter Berücksichtigung der aktuellen Entwicklungen in der Rechtspraxis und unter Einbeziehung der neuesten Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu den als „Informationseingriffe“ bezeichneten Maßnahmen der Gefahrenabwehr fehlt jedoch bislang.

In dieser Untersuchung werden zunächst die besonderen gegenwärtig bestehenden Gefährdungen herausgestellt (u. 1. Teil). Es schließt sich eine Bestimmung des Begriffs der „Gefahrenabwehr“ an (u. 2. Teil). Die Reaktionen des Gesetzgebers auf die neuartigen Gefährdungen unterliegen, obwohl er grundsätzlich selbst über das „Austarieren“ des Spannungsverhältnisses zwischen Freiheit und Sicherheit entscheiden kann (u. 3. Teil), einer Vielzahl verfassungsrechtlicher Bindungen, die jeweils am Beispiel der bereits genannten vier Entwicklungstendenzen sowie einzelner gefahrenabwehrrrechtlicher Maßnahmen erörtert und verdeutlicht werden sollen (u. 4.–7. Teil). Die Untersuchung schließt mit einer zusammenfassenden Bewertung der aufgezeigten tatsächlichen Entwicklungen und Rechtsfragen.

1. Teil

Herausforderungen an das Recht der inneren und äußeren Sicherheit

Im Zeitalter der Globalisierung sind durch die tatsächlichen Entwicklungen besondere Herausforderungen an das Recht der inneren und äußeren Sicherheit sowie an die zur Durchsetzung dieses Rechts berufenen Sicherheitsbehörden gestellt. Diese Herausforderungen lassen sich im Wesentlichen in drei Kategorien einteilen, die im Folgenden als Referenzbereiche dienen sollen: Erstens die besonderen Gefährdungen, die durch die Ausprägung einer „Informationsgesellschaft“ entstehen, namentlich durch die vermehrte Nutzung moderner Informations- und Kommunikationstechnik auch zu verbotenen oder gar strafbaren Zwecken; die „Informationsgesellschaft“ – präziser: ihre infrastrukturellen Funktionsgrundlagen – erweisen sich dabei als in besonderer Weise „verletzlich“ (s. u. A.). Von eminenter Bedeutung ist dabei insbesondere die sog. „Internet-Devianz“, also die missbräuchliche Verwendung des Netzes. Eine zweite Kategorie bilden die im Zusammenhang mit dem internationalen Terrorismus auftretenden neuartigen Bedrohungen (s. u. B.). Und schließlich ergeben sich aus der „Organisierten Kriminalität“ weitere spezifische Gefahrenlagen (s. u. C.).

Die drei Kategorien stehen nicht isoliert nebeneinander, sondern sind eng miteinander verknüpft: In allen Bereichen erhöht die Möglichkeit der Nutzung moderner Informations- und Kommunikationstechnik das Bedrohungspotenzial, und hinsichtlich aller drei Erscheinungsformen können (und müssen) die für die Gefahrenabwehr zuständigen Behörden ihrerseits zur Erfüllung ihrer Aufgaben auf die neuartigen technischen Möglichkeiten zurückgreifen. Darüber hinaus sind sie namentlich im Zusammenhang mit der Bekämpfung des internationalen Terrorismus und der „Organisierten Kriminalität“ auf eine umfassende Erhebung von Informationen sowie auf deren Austausch im Wege behördlicher Kooperation angewiesen.

A. Die „Informationsgesellschaft“ und ihre Gefährdungen

I. Ausprägung und Charakteristika der „Informationsgesellschaft“

Charakteristisch für das Zeitalter der Globalisierung ist unter anderem die Ausprägung einer sog. „Informationsgesellschaft“. Die gesellschaftlichen Gegebenheiten in Deutschland sind wegen des stetigen Fortschritts im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnik einem tief greifenden Wandel unterworfen. Deutschland befinde sich, so hört und liest man oft, auf dem Weg in die „Informationsgesellschaft“.¹ Nicht selten wird davon ausgegangen, man sei dort bereits angekommen.² Der Übergang von einer international kooperierenden nationalen Industriegesellschaft zur ebenso hoch gepriesenen wie scharf attackierten globalen Informationsgesellschaft geschieht fließend. Ob und inwieweit jedoch eine solche Informationsgesellschaft schon heute Status quo oder nur Zukunftsmusik ist, hängt von den Kriterien ab, anhand derer man eine Qualifizierung der Gesellschaft vornehmen möchte.

1. Die gesellschaftliche Bedeutung der „Information“

Die *information society* ist als Begriff, Schlagwort und Argumentationstopos indes bereits in aller Munde – Wirtschafts- und Umweltwissenschaftler, Informatiker und Soziologen, Ingenieure und Juristen nähern sich den Chancen und Risiken einer mehr und mehr durch Information und Kommunikation geprägten Gesellschaft mit den ihren Disziplinen jeweils eigenen Methoden und Mitteln.³ Sie alle ringen um eine optimale, für die Zukunft tragfähige Ausgestaltung der *Informationsgesellschaftsordnung*. Allein die stetig wachsende Be-

¹ S. etwa schon die Beiträge in *J. Tauss/J. Kollbeck/J. Mönikes* (Hrsg.), *Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft. Herausforderungen und Perspektiven für Wirtschaft, Wissenschaft, Recht und Politik*, 1996; ferner *T. Dreier*, in: *Freundesgabe f. A. Büllesbach*, 2002, S. 65 ff.; *O. Depenbeuer*, *AfP* 1997, 669 ff.; *U. Sieber*, *CR* 1995, 100 (110 f.); s. auch schon *A. Roßnagel/P. Wedde/V. Hammer/U. Pordesch*, *Die Verletzlichkeit der „Informationsgesellschaft“*, 2. Aufl. 1989.

² *M. Kloepfer*, *Informationsrecht*, 2002, § 1 Rdnrn. 1 ff.; s. auch *K. Stobrer*, *BayVBl.* 2005, 489 ff.; *T. Würtenberger*, in: *D. Leipold* (Hrsg.), *Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft*, 2002, S. 3 ff.

³ Aus dem kaum überschaubaren allgemeinen und speziellen Schrifttum s. etwa nur *A. Mattelart*, *Kleine Geschichte der Informationsgesellschaft*, 2003; *G. Wersig*, *Die Komplexität der Informationsgesellschaft*, 1996; zu verschiedenen theoretischen (sozialwissenschaftlichen) Ansätzen eingehend *J. Steinbicker*, *Zur Theorie der Informationsgesellschaft*, 2001; aus rechtswissenschaftlicher Sicht s. die Überblicke bei *M. Kloepfer/A. Neun*, *EuR* 2000, 512 ff.; zum sicherheitspolitischen Forschungsstand vgl. *J. Troy*, in: *M. H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen* (Hrsg.), *Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009*, 2009, S. 53 ff.; s. auch den Überblick über den Zugang verschiedener Disziplinen bei *J. Tauss/J. Kollbeck/J. Mönikes*, in: *dies.* (Hrsg.), *Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft*, 1996, S. 14 ff.

deutung des Internets und die steigende Nutzungsquote⁴ verursachen dabei Probleme, die zwingend zu lösen sind: So stellt etwa die sog. „Internet-Deviananz“⁵ im Sinne eines Missbrauchs des Netzes für rechtswidrige Zwecke für die Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden eine der großen Herausforderungen der Gegenwart dar. Beispielhaft genannt seien nur strafbare Inhalte auf Webseiten⁶ wie etwa rechtsradikales, volksverhetzendes Gedankengut,⁷ Kinderpornographie oder illegale Glücksspielangebote.

Versteht man die Informationsgesellschaft als eine auf Informations- und Kommunikationstechnik basierende „Transformationsgesellschaft“ und „Informationsökonomie“, die durch eine Durchdringung sämtlicher Lebensbereiche mit dieser Technik („Informatisierung“)⁸ gekennzeichnet ist, verdeutlicht dies freilich nur ansatzweise die dahinter stehenden, künftig zu bewältigenden Konflikte und Probleme. Nicht ohne Grund gilt das Merkmal der Komplexität als wesentliches Kennzeichen der gegenwärtigen Transformationsgesellschaft.⁹ Obwohl die Fortentwicklung (zu) einer Informationsgesellschaft eben dieser Komplexität durch eine Verringerung von Ungewissheiten und Unsicherheiten wehren soll,¹⁰ führen die Fülle an Informationen und die Möglichkeiten eines grenzüberschreitenden, globalen Informationsaustauschs ihrerseits zu einer Erhöhung der Komplexität. Die Nutzung namentlich des Internets hat sich zunehmend zu einer (in verschiedenen Bereichen bereits unverzichtbaren) „Kulturfertigkeit“ entwickelt, das *World Wide Web* wird – wie all-

⁴ Dazu etwa *M. Gercke*, MMR 2008, 291 (293); *R. Röger*, ZRP 1997, 203 (204); zur weltweiten Verbreitung s. auch *A. Roßnagel*, MMR 2002, 67ff. – Das Internet ist freilich nicht „global“; s. zum sog. „digital divide“ in internationaler Hinsicht *G. Walter*, Internetkriminalität. Eine Schattenseite der Globalisierung, 2008, S. 7f.; ähnlich *R. Röger*, a.a.O.: „Kommunikationsmittel der Elite“; a. A. *A. Roßnagel*, a.a.O.

⁵ Zur Computerkriminalität allgemein *S. Beukelmann*, NJW-Spezial 2004 Heft 3, 104ff.; *U. Sieber*, CR 1995, 100ff.; *ders.*, BB 1982, 1433ff.; zur Medienethik des Internets *M. Sandborth*, CR 1998, 311ff.; zur öffentlich-rechtlichen Beurteilung s. *P. G. Mayer*, Das Internet im öffentlichen Recht. Unter Berücksichtigung europarechtlicher und völkerrechtlicher Vorgaben, 1999.

⁶ Zur Indizierung solcher Internet-Angebote und den strafrechtlichen Folgen *D. Beisel/B. Heinrich*, CR 1997, 360ff.

⁷ Zur strafrechtlichen Behandlung rechtsextremistischer Propaganda aus dem Ausland s. *K. Ringel*, CR 1997, 302ff.; s. auch *B. Breuer*, MMR 1998, 141ff.; zur Verbreitung strafrechtlich verbotener Schriften *M. Löbnig*, JR 1997, 496ff.

⁸ Zu diesem Begriff schon *S. Nora/A. Minc*, Die Informatisierung der Gesellschaft, 1979; *G. Wersig*, Informatisierung und Gesellschaft. Wie bewältigen wir die neuen Informations- und Kommunikationstechnologien, 1983; s. ferner *F. Schoch*, VVDStRL Bd. 57 (1998), S. 158 (160ff.). – Aus „Verwaltungssicht“ s. etwa *M. Hamer*, Informatisierung des Verwaltungsprozesses. Berücksichtigung der Möglichkeiten moderner Informations- und Kommunikationstechniken bei der Gestaltung und Auslegung der Normen des Verwaltungsprozessrechts, 2002.

⁹ Vgl. die Darstellung zu verschiedenen Ansätzen bei *G. Wersig*, Die Komplexität der Informationsgesellschaft, 1996, S. 9ff.

¹⁰ Eingehend *G. Wersig*, Die Komplexität der Informationsgesellschaft, 1996, S. 9ff.

gemein der Gebrauch der Informationstechnik als Grundrechtsentfaltung ge-
deutet werden kann¹¹ – als Faktor der Meinungsbildung,¹² der Zugang für
möglichst breite Bevölkerungsschichten als Element der Daseinsvorsorge qua-
lifiziert,¹³ und unter dem Banner der Verwaltungsvereinfachung, der Effizienz
und der Wirtschaftlichkeit werden in neuartige Handlungsformen wie das
*Electronic Government*¹⁴, die *Electronic Administration*, den *Electronic Com-
merce*¹⁵ und sogar in die *Electronic Democracy*¹⁶ große, nicht selten übertrie-
bene Hoffnungen gesetzt.

2. Anforderungen an die Rechtsordnung

Teil der Debatte um die künftige Konturierung der Informationsgesellschaft
sind die vielfältigen Diskussionen um die Anpassung der *Rechtsordnung* an den
stetigen Fortschritt namentlich der Kommunikations- und Informationstech-
nik. Für die Rechtswissenschaften erweist sich freilich die Bewältigung der teil-
weise neuartigen Probleme einer mehr und mehr von Informationen und Infor-
mationsaustausch beeinflussten Lebenswirklichkeit, der „Aufstieg neuer Wis-
senstechnologien“¹⁷, als besonders schwierig.¹⁸ So sieht sich insbesondere das

¹¹ Dazu *K. Haefner*, in: A. Roßnagel (Hrsg.), *Freiheit im Griff. Informationsgesellschaft und Grundgesetz*, 1989, S. 31 ff.

¹² *W. Mecklenburg*, ZUM 1997, 525 (530 ff.), unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerfG zur Bedeutung des Rundfunks: BVerfGE 12, 205 (260 f.); zur Presse ähnlich BVerfGE 20, 162 (174 f.).

¹³ Zur Bedeutung des Internets und zu seinen sozialen Funktionen vgl. *W. Mecklenburg*, ZUM 1997, 525 ff.

¹⁴ *M. Kloepfer*, *Informationsrecht*, 2002, § 1 Rdnrn. 33 ff.; ferner aus dem umfangreichen Schrifttum etwa *G. Britz*, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2008, Rdnrn. 1 ff.; *M. Eifert*, *Electronic Government. Das Recht der elektronischen Verwaltung*, 2006; *T. Fetzer*, in: C. Prins (Hrsg.), *Designing E-Government*, 2007, S. 185 ff.; *J. v. Lucke/H. Reinermann*, in: H. Reinermann/J. v. Lucke (Hrsg.), *Electronic Government in Deutschland*, 2. Aufl. 2002, S. 1 ff.; *H. Hill*, BayVBl. 2003, 737 ff.; *U. Schliesky*, NVwZ 2003, 1322 ff.; *ders.*, LKV 2005, 89 ff.; auf die „geringe Distanz“ des Staates zur Informations- und Kommunikationstechnik weist *B. Schlink*, VVDStRL Bd. 48 (1990), S. 235 (236 ff., 240), hin. – Zum Grundrechtsschutz gegen „aufgedrängtes E-Government“ *D. Heckmann*, MMR 2006, 3 ff.

¹⁵ *M. Kloepfer*, *Informationsrecht*, 2002, § 1 Rdnrn. 20 ff.

¹⁶ *M. Kloepfer*, *Informationsrecht*, 2002, § 1 Rdnrn. 31 f.; *B. Holznagel/A. Grünwald/A. Hanßmann*, *Elektronische Demokratie*, 2001; ferner *N. Bremke*, LKV 2004, 102 ff.; *O. R. Rieß*, MMR 2000, 73 ff.; *ders.*, ZRP 2001, 518 ff. (insbesondere zu Wahlen im Internet – „e-Voting“); dazu eingehend etwa *A. Hanßmann*, *Möglichkeiten und Grenzen von Internetwahlen*, 2004; *M. Will*, *Internetwahlen. Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen*, 2002.

¹⁷ *K.-H. Ladeur*, DÖV 2009, 45 (46).

¹⁸ S. grundlegend schon *W. Zöllner*, *Informationsordnung und Recht*, 1990; ferner *H. P. Bull*, *Die Grundprobleme des Informationsrechts*, 1985; *A. Roßnagel*, ZRP 1997, 26 ff.; s. auch *T. Hoeren*, NJW 1998, 2849: „Dematerialisierung“. – Zu den öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen einer Informationsordnung *I. Ebsen*, DVBl. 1997, 1039 ff.; s. auch *O. Depenheuer*, AfP 1997, 669 ff.; *I. Geis*, NJW 1997, 288; *R. Röger*, ZRP 1997, 203 ff.

klassischer Weise an den Kategorien von „Gefahr“ und „Störer“,¹⁹ von ordnungsrechtlicher Verantwortlichkeit und der Inanspruchnahme des „Nichtstörers“, von Rechtsgüterabwägungen und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten orientierte Gefahrenabwehrrecht mit neuen Herausforderungen konfrontiert. Einerseits bewirkt die „Entthronung der Materie“²⁰ durch das digitale Zeitalter das Auftreten neuartiger Gefahrenlagen und Risiken, die sich mit dem herkömmlichen Eingriffsinstrumentarium nur schwerlich angemessen beseitigen bzw. vermeiden lassen, andererseits werden den zur Gefahrenabwehr berufenen Behörden durch die Informations- und Kommunikationstechnik neue Möglichkeiten zur Bewältigung ihrer (sich in verschiedenen Bereichen sukzessive erweiternden²¹) Aufgaben an die Hand gegeben. Man denke nur an die Informationsbeschaffung durch behördliches „Surfen“ im Internet, die Überwachung moderner Kommunikationsmittel und die durch die globale Vernetzung erheblich erleichterte und beschleunigte Kooperation mit ausländischen Behörden etwa im Bereich der Strafverfolgung,²² aber auch an die Integration biometrischer Daten in Ausweispaapiere.²³ Die staatliche „Datenmacht“ im Sinne eines Informationsvorsprungs des Hoheitsträgers hinsichtlich (personenbezogener) Daten erweist sich damit auch als wichtige Voraussetzung für die Gewährleistung von Sicherheit.²⁴ Andererseits stellt gerade das Internet – insbesondere wegen seiner Internationalität, der Netzwerkstruktur und der „Flüchtigkeit“ seiner virtuellen Inhalte – unter rechtlichen Aspekten eine Herausforderung für die Rechtsordnung und ihre „regulatorische Imaginationskraft“ dar.²⁵ *Karl-*

¹⁹ Zur Abkehr von dieser Dogmatik durch die Verstärkung von Polizeibefugnissen im informationellen Vorfeld etwa *M. Möstl*, DVBl. 2007, 581 (583); zur dogmatischen Einordnung des Störerbegriffs in einer zunehmend technisierten Gesellschaft *J. Kokott*, DVBl. 1992, 749 ff.

²⁰ *E. Dyson/G. Gilder/G. Keyworth/A. Toffler*, Cyberspace and the American Dream: A Magna Charta for the Knowledge Age, Information Society 1996, S. 295 ff.

²¹ S. dazu u. 4. Teil.

²² S. dazu u. 7. Teil.

²³ *C. Mager*, Terrorismusbekämpfung zwischen Freiheit und Sicherheit, 2005, S. 191 ff.; *S. Mittel*, in: M.H.W. Möllers/R.C. v. Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, 2009, S. 153 (164 ff.); zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben *A. Roßnagel/G. Hornung*, DÖV 2005, 983 ff.; s. auch *dies.*, DÖV 2009, 301 ff. – Biometrische Daten sind personenbezogene Daten und unterfallen dem Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V.m. Art. 1 Abs. 1 GG; zu diesem Grundrecht eingehend u. 4. Teil, D. II.

²⁴ Eingehend *K. v. Lewinski*, in: F. Arndt u. a. (Hrsg.), Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit. 48. Assistententagung Öffentliches Recht, 2009, S. 196 (201 ff.); *K. Stobrer*, BayVBl. 2005, 489 (490).

²⁵ *M. Herberger*, NJW 1998, 2801; zu den Akteuren im Internet vgl. *S. Ernst*, JuS 1997, 776 ff. – Nicht selten wird betont, dass transnationale Netze wie das Internet einer staatlichen Regulierung fast nicht zugänglich seien, s. etwa *W. Hoffmann-Riem*, AöR Bd. 123 (1998), S. 513 (533); ferner *A. Roßnagel*, ZRP 1997, 26 ff.; *J. Scherer*, AfP 1996, 213 ff.; s. auch *O. Deppenheuer*, AfP 1997, 669 (672): „prinzipielle Unbeherrschbarkeit der sich global entfaltenden

Heinz Ladeur hat zu Recht auf die Notwendigkeit einer Regulierung des Internets durch „lernfähiges Recht“ hingewiesen.²⁶

Sowohl auf die neuartigen Gefahrenpotenziale als auch auf die verbesserten eigenen technischen Möglichkeiten zum Zwecke der Gefahrenabwehr reagiert der Gesetzgeber durch eine stetige Anpassung allgemeiner und besonderer ordnungsrechtlicher Regelwerke. Eine Folge ist etwa die Aufnahme neuer (informations- und kommunikationsbezogener) Standardermächtigungen in die Polizei- und Ordnungsgesetze der Länder. Dies trägt der Tatsache Rechnung, dass Polizeiarbeit heute im Wesentlichen vom Umgang mit Informationen bestimmt ist²⁷ und deren Gewinnung, Verarbeitung und Speicherung zu späterer Verwendung daher eine zentrale Rolle spielen. Gefahrenabwehrbezogenes Informationsrecht reguliert vorrangig die Erhebung, Übermittlung und Nutzung von Informationen; Ansatzpunkte sind dabei Informations- und Kommunikationsinfrastruktur, Übertragungswege und Speicherorte. So sind etwa die gefahrenabwehrrechtlichen Standardermächtigungen zur Datenerhebung und Datenverarbeitung als „spezifisches (Polizei-)Informationsrecht“ qualifiziert worden.²⁸ Der technische Fortschritt hat die inhaltliche Qualität der nutzbaren Informationen freilich weitestgehend unverändert gelassen. „Der Läufer von Marathon meldete keinen besseren Sieg als der drahtlose Telegraf“.²⁹

Grundlegend verändert haben sich jedoch Menge, „Dichte“, Übertragungsgeschwindigkeit und Nutzungsmöglichkeiten von Informationen; ein Umstand, der dazu geführt hat, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Judikatur zu den sog. „Informationseingriffen“ Gesetzgeber und Behörden beharrlich zu einem zurückhaltenden und behutsamen Umgang mit personenbezogenen (und damit grundrechtssensiblen) Daten mahnt. Denn nicht selten geraten neu in die gefahrenabwehrrechtlichen Regelwerke aufgenommene Standardermächtigungen – namentlich solche mit „Informationsbezug“ – trotz (oder gerade auch wegen) ihrer detaillierten tatbestandlichen Fassung in Kollision mit verfassungsrechtlichen, namentlich grundrechtlichen Vorgaben.

Die einfachgesetzlichen Rahmenbedingungen zur Schaffung und Aufrechterhaltung eines gewissen Grades an Sicherheit wandeln sich also in Anpassung an technischen Fortschritt und neuartige Bedrohungspotenziale³⁰ stetig. Regu-

Informationsgesellschaft“; zur Kontrollierbarkeit des Internets aus technischer Sicht etwa H. Federrath, ZUM 1999, 177 ff.

²⁶ K.-H. Ladeur, ZUM 1997, 372 (375 ff.).

²⁷ Vgl. C. Gusy, Polizeirecht, 7. Aufl. 2009, Rdnr. 185; zur Entwicklung und zur Praxis polizeilicher Informationstätigkeit s. T. Petri, in: H. Lisken/E. Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, Rdnrn. H 60 ff.

²⁸ D. Peitsch, ZRP 1992, 127 ff.; R. Pitschas, ZRP 1993, 174 ff.; F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann/F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, 2. Kap. Rdnr. 244.

²⁹ E. Jünger, Der Arbeiter. Herrschaft und Gestalt, 1932/1982, S. 180.

³⁰ Eine deutliche Verlagerung zugunsten der Sicherheitsgewährleistung ist nach den terroristischen Anschlägen vom 11. September 2001 auf die Vereinigten Staaten von Amerika und

lierungsbestrebungen zur künftigen dauerhaften Gewährleistung von Sicherheit erfassen dabei sowohl die nationale als auch die europäische Ebene; die Gestalt der „Sicherheitsarchitektur“ ist in dauerndem Wandel begriffen; ihre rechtlichen Grundlagen werden nicht selten als „Bekämpfungsrecht“³¹ und ihrer „offensiven“, häufig grundrechtsbeschränkenden Wirkung wegen mit kritischem Blick gesehen. Diese Entwicklung, oftmals pointiert als „Spurwechsel von der Freiheit zu Sicherheit“³² bezeichnet, stellt auch an das Verfassungsrecht, namentlich die Grundrechtsdogmatik, besondere Herausforderungen.

Die Kritik an gesetzlichen Ermächtigungsnormen namentlich zu „Informationseingriffen“ vermengt sich nicht selten mit einer allgemeinen Schelte der Gefahrenabwehrbehörden. Der Vertrauensvorschuss, den sie hinsichtlich eines rechtsstaatgemäßen Verhaltens genossen haben, schwindet zusehends. Schon *Gustav Radbruch* hat die These von der Überparteilichkeit des Staates als „Lebenslüge des Obrigkeitsstaats“³³ bezeichnet – die Gegner erweiterter gefahrenabwehrrechtlicher Befugnisse schlagen in dieselbe Kerbe: Man fürchtet die Ausprägung eines „Überwachungsstaates“ unter Zurückdrängung oder Vernachlässigung rechtsstaatlicher Bindungen und die willkürliche Ausweitung gesetzlicher Eingriffsbefugnisse zu Lasten des Grundrechtsschutzes, denen – wehret den Anfängen! – im Interesse der Freiheit gesteuert werden müsse.

Jenseits aller Polemik hat das Bundesverfassungsgericht den Gefährdungen, die dem Bürger aus der stetigen Anpassung und Erweiterung insbesondere der gefahrenabwehrrechtlichen Eingriffsermächtigungen erwachsen, durch eine Erweiterung des sozusagen „ungeschriebenen“ Grundrechtekanons Rechnung getragen und beispielsweise dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG – selbst schon vom Bundesverfassungsgericht aus der Zusammenschau mehrerer ausdrücklich normierter Grundrechtspositionen entwickelt³⁴ –, als dessen Ausprägung seit längerem ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung anerkannt ist,³⁵ ein Grundrecht auf Vertraulich-

nach den folgenden massiven Anschlägen (z. B. 11. April 2002 auf Djerba, 12. Oktober 2002 auf Bali, 11. März 2004 in Madrid, 7. Juli 2005 in London) zu beobachten gewesen. Im Schrifttum ist daher häufig von einem gewandelten „Sicherheitsparadigma“ die Rede. – Vgl. eingehend *C. Mager*, Terrorismusbekämpfung zwischen Freiheit und Sicherheit, 2005; *C. Gussy*, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 151 (153 m. w. N. in Fn. 2); *C. Calliess*, DVBl. 2003, 1096 ff.; *K. Nehm*, NJW 2002, 2665 ff.; zur internationalen Terrorismusbekämpfung aus völkerrechtlicher Sicht s. *C. Tomuschat*, DÖV 2006, 357 ff.

³¹ *G. Frankenberg*, KritJ 2005, S. 370 ff.

³² *G. Frankenberg*, KritJ 2005, S. 370 (385).

³³ *G. Radbruch*, Die politischen Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts, in: *G. Anschütz/R. Thoma* (Hrsg.), Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. 1, 1930, S. 285 (289).

³⁴ Zur dogmatischen Figur der „Verbindung“ von Grundrechten vgl. eingehend *M. M. Meinke*, In Verbindung mit. Die Verbindung von Grundrechten miteinander und mit anderen Bestimmungen des Grundgesetzes in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2006.

³⁵ S. u. 4. Teil, D. II.

keit und Integrität informationstechnischer Systeme³⁶ entnommen. Dieses setzt etwa der sog. „Online-Durchsuchung“, der im Wege technischer „Infiltration“ erfolgenden heimlichen behördlichen Durchsicht und Überwachung privater Computer und anderer Systeme, die zur Speicherung persönlichkeitsrelevanter Informationen geeignet sind und genutzt werden, verhältnismäßig enge Grenzen.

3. Wachsende Bedeutung der Vorsorge

Doch nicht nur im Zusammenhang mit den Regelungen zur Gefahrenabwehr sind permanente Anpassungstendenzen festzustellen. Der Gesichtspunkt der Gefahrenvermeidung³⁷ tritt angesichts einer zunehmenden Schwierigkeit, die Folgewirkungen des naturwissenschaftlich-technischen Fortschritts hinreichend sicher zu prognostizieren, auch in den rechtlichen Rahmenbedingungen in den Vordergrund.³⁸ Das klassische „Gefahrenabwehrrecht“ weicht nicht nur im Bereich des Umweltrechts einer umfassenden Gefahrenvorsorge³⁹ bzw. „Ri-

³⁶ BVerfGE 120, 274 ff.; s. dazu eingehend u. 4. Teil, D. III.

³⁷ Zur begrifflichen Unterscheidung von der Gefahrenabwehr s. schon F. Ossenbühl, NVwZ 1986, 161 (162).

³⁸ Zum Problem der rechtlichen Fassung technischer Risiken s. bereits A. Roßnagel, UPR 1986, 46 ff.

³⁹ Zu diesem Wandel eingehend I. Appel, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 50 ff.; U. Di Fabio, in: Festschrift f. G. Ritter, 1997, S. 807 ff.; D. Grimm, KritV 1986, S. 38 (40 ff.); C. Gusy, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 151 (158); G. Lübke-Wolff, in: J. Bizer/H.-J. Koch (Hrsg.), Sicherheit, Vielfalt, Solidarität. Ein neues Paradigma des Verfassungsrechts?, 1998, S. 47 ff.; D. Neumann, Vorsorge und Verhältnismäßigkeit, 1994, S. 23 ff.; R. Poscher, Die Verwaltung Bd. 41 (2008), S. 345 (346 ff.); U. K. Preuß, in: D. Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 523 ff.; M. Soiné, DÖV 2000, 173 (174), auch zum Begriff der „Vorbereitung auf die Gefahrenabwehr“; R. Wahl/I. Appel, in: R. Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge. Von der Staatsaufgabe zu den verwaltungsrechtlichen Instrumenten, 1995, S. 1 (13 ff.); zum Begriff der Gefahrenvorsorge grundlegend schon G. Roth, Die Gefahrenvorsorge im sozialen Rechtsstaat, 1968, S. 9 f.; kritisch noch H. P. Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1977, S. 424, der aber auch die Entwicklung vom punktuellen und reaktiven Staatshandeln zu vorsorgender Tätigkeit konstatiert. – Aus dem nahezu unüberschaubaren Schrifttum zu einzelnen gefahrenabwehrrechtlichen Teilregelungsbereichen und zur „Informationsvorsorge“ beispielhaft M. Albers, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, S. 97 ff., 116 ff., 250 ff., 347 ff.; J. Aulehner, Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge. Grundlagen, Rechts- und Vollzugsstrukturen, dargestellt auch im Hinblick auf die deutsche Beteiligung an einem Europäischen Polizeiamt (EUROPOL), 1998, S. 47 ff., 545 ff.; D. Grimm, a.a.O., S. 38 (40 ff.); M. Kloepfer, Informationsrecht, 2002, § 4 Rdnrn. 37 ff.; R. Pitschas, in: ders. (Hrsg.), Kriminalprävention und „Neues Polizeirecht“. Zum Strukturwandel des Verwaltungsrechts in der Risikogesellschaft, 2002, S. 241 (242 ff.); H.-H. Trute, in: Gedächtnisschrift f. B. Jeand’Heur, 1999, S. 403 (405 ff.); M. A. Zöller, Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten. Zur Vernetzung von Strafverfolgung und Kriminalitätsverhütung im Zeitalter von multimedialer Kommunikation und Persönlichkeitsschutz, 2002, S. 77 ff.

sikovorsorge⁴⁰ – schon 1982 hat *Wolfgang Martens* festgestellt, dass die Gefahrenabwehr die Evidenz verloren habe, die lange Zeit mit diesem Begriff verbunden war.⁴¹ Auch der Vorsorgegedanke ist freilich nicht neu; so hat bereits 1938 *Ernst Forsthoff* festgestellt, der „prämoderne Polizeistaat“ konnte

„Kant tadeln, Schiller zensurieren und die Verbreitung deterministischer Lehren verbieten, er konnte gewiß bis in die Einzelheiten hinein bestimmen, wie gelebt werden sollte. Aber die Vorsorge dafür, daß überhaupt gelebt werden kann, lag nicht annähernd in gleichem Umfang bei ihm, wie heute.“⁴²

Ausgehend von den frühen sektorspezifischen umweltrechtlichen Kodifikationen wie etwa dem Atomgesetz und dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, hat der Vorsorgegedanke inzwischen nahezu alle Bereiche des Ordnungsrechts erfasst. Dies führt – namentlich im Zusammenhang mit dem noch immer nicht abschließend und zufriedenstellend definierten und konkretisierten Begriff des „Risikos“, der in den Rechtswissenschaften eine beachtliche Karriere⁴³ absolviert hat – zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Normsetzung und -anwendung – der „Präventionsstaat“⁴⁴ (von *Ernst Forsthoff* zu Recht bereits als Komplement zur Industriegesellschaft bezeichnet⁴⁵) fordert den Rechtsstaat.⁴⁶ Zu weit ginge es aber, von einem „Paradigmenwechsel“ von der Gefahrenabwehr zur umfassenden Risikosteuerung auszugehen.⁴⁷ Denn die traditionellen präventiv-polizeilichen Tätigkeitsbereiche werden durch Vorsorgemaßnahmen keineswegs völlig in den Hintergrund gedrängt, sondern besitzen im Gegenteil insbesondere durch die Erweiterung der gesetzlichen Befugnisse hinsichtlich von „Informationseingriffen“ jedenfalls in der Praxis erhebliche Bedeutung.

⁴⁰ S. allgemein etwa *W. Köck*, AÖR Bd. 121 (1996), S. 1 ff.; *R. Wahl/I. Appel*, in: *R. Wahl* (Hrsg.), *Prävention und Vorsorge*, 1995, S. 1 (13 ff.), zur „Staatsaufgabe Risikovorsorge“; zur Risikovorsorge im Gefahrenabwehrrecht der Informationsgesellschaft *D. Kugelmann*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2006, 1. Kap. Rdnrn. 121 ff.; zur Kopplung von „Risiko“ und „Vorsorge“ jüngst *L. Jaeckel*, *Gefahrenabwehr und Risikodogmatik*, 2010, S. 277 ff.

⁴¹ *W. Martens*, DÖV 1982, 89 ff. – Zur Unzulänglichkeit traditioneller Gefahrenabwehr pointiert *W. Hoffmann-Riem*, ZRP 2002, 497 (499).

⁴² *E. Forsthoff*, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938, S. 8.

⁴³ Dazu *I. Appel*, NuR 1996, 227 ff.

⁴⁴ Zu diesem Begriff *E. Denninger*, *KritJ* 1988, S. 1 ff.

⁴⁵ *E. Forsthoff*, *Der Staat der Industriegesellschaft*. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1971, S. 164 ff.

⁴⁶ Zu rechtsstaatlichen Defiziten im Zusammenhang mit Verdachtsgewinnungseingriffen s. *W. Hoffmann-Riem*, ZRP 2002, 497 (499 f.).

⁴⁷ So aber *J. Aulehner*, *Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge*, 1998, S. 548; dagegen *C. Gusy*, *VVDStRL* Bd. 63 (2004), S. 151 (189); *M. Möstl*, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union*, 2002, S. 196; s. auch *E. Denninger*, in: *S. Huster/K. Rudolph* (Hrsg.), *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, 2008, S. 85 (88 m. Fn. 1): Ein solcher „allgemeiner Paradigmenwechsel hin zu einer umfassenden Risikosteuerung wäre unter dem Grundgesetz nicht zulässig.“

Konzepte und Maßnahmen der Risikosteuerung flankieren diese klassischen Betätigungsfelder der Gefahrenabwehrbehörden lediglich.

4. Informationsgesellschaft und Steuerungsfunktion des Rechts

Die dargestellte Problematik der Normsetzung weist Weiterungen auf. Denn die *rechtliche* Bewältigung der modernen Gesellschaft sieht sich mit gravierenden Schwierigkeiten konfrontiert. Das Recht droht seine Steuerungsfunktion insgesamt zu verlieren.⁴⁸ Nicht nur die namentlich hinsichtlich illegaler Angebote im Internet zu beklagenden erheblichen Vollzugsdefizite mindern die Tauglichkeit gesetzlicher Regelungen zum Zwecke der Gefahrenabwehr möglicherweise sogar bis unter die verfassungsrechtlich relevante Geeignetheitsschwelle herab,⁴⁹ und die nationale Rechtsordnung hat das Problem des „Auswanderns in andere Rechtsordnungen“ zu bewältigen, das sie unter Umständen selbst fördert⁵⁰ – das Recht als Steuerungsinstrument sieht sich ganz allgemein einer fundamentalen Kritik gegenüber: Von vielen Teilnehmern der „Net-Community“ wird etwa – verbunden mit Phantasien von einer „Basisdemokratie“, einem „herrschaftsfreien Diskurs“ im Netz – eine „Rechtsfreiheit“ des Internets, ein eigenen, systemimmanenten normativen Regelungen unterworfenen und damit rechtsexemter virtueller Raum gefordert⁵¹ und auf den vermehrten Einsatz von Selbstregulierungsmechanismen („*netiquette*“ etc.) unter Zurückdrängung herkömmlicher normativ-regulativer Instrumente⁵² bzw. in Form

⁴⁸ Zum Verlust der Steuerungsfähigkeit des Rechts im Zusammenhang mit der „Risikoregulierung“ s. etwa R. Pitschas, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren. Strukturprobleme, Funktionsbedingungen und Entwicklungsperspektiven eines konsensualen Verwaltungsrechts*, 1990, S. 48 ff.; ders., in: Festschrift f. H. Siedentopf, 2008, S. 285 ff.: „überforderte[r] Risikostaat“; G.-P. Calliess, *Prozedurales Recht*, 1999, S. 60 ff.; ferner D. Grimm, in: ders. (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben*, S. 291 (294 ff.); T. Ellwein/J. J. Hesse, *Der überforderte Staat*, 1994, S. 67 ff.; zu den rechtlichen Rahmenbedingungen für neuartige Informations- und Kommunikationsdienste s. G. M. Bröhl, CR 1997, 73 ff.

⁴⁹ S. die Beiträge in S. Huster/K. Rudolph (Hrsg.), *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, 2009.

⁵⁰ H.-H. Trute, VVDStRL Bd. 57 (1998), S. 216 (248), sieht hier einen gewissen „Funktionsverlust des Nationalstaates“.

⁵¹ Dazu R. Wenning, JurPC Web-Dok. 16/1997; vgl. schon D. Johnson/D. Post, *Stanford Law Review* Bd. 48 (1996), S. 1367 ff.; s. auch G. Roellecke, *NJW* 1996, 1801 ff. – Zur Vorstellung von „rechtsfreien Räumen“ und zu ihrer Nutzung als Rechtfertigungsfigur s. allgemein C. Herbst/O. W. Lembcke, in: *Jahrbuch für Recht und Ethik* Bd. 14 (2006), S. 385 ff.

⁵² T. Hoeren hat kritisch darauf hingewiesen, dass es „die“ *netiquette* gar nicht gebe, s. *NJW* 1998, 2849 (2852); ders., in: J. Becker (Hrsg.), *Rechtsprobleme internationaler Datenetze*, 1996, S. 35 ff.; jedenfalls komme ihr keinerlei verbindliche Wirkung zu; ähnlich H.-H. Trute, VVDStRL Bd. 57 (1998), S. 216 (247), der angesichts der Pluralisierung der Nutzungsinteressen von einer Harmlosigkeit der Selbstverpflichtungen ausgeht; J. Scherer, *AFB* 1996, 213 (214), erklärt die Funktionalität der Selbstregulierung im Internet für „empirisch widerlegt“. – Zur Selbstregulierung in der Zivilgesellschaft G. Winter, *KritJ* 1998, S. 518 (523 ff.); zu den Defiziten der überkommenen administrativen Steuerung H.-H. Trute, a.a.O., S. 262 ff.; zur technischen Selbstregulierung im Internet H. Kube, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.),

eines Konzepts „regulierter Selbstregulierung“ gesetzt.⁵³ Für das Internet sind namentlich von *Lawrence Lessig* in den Vereinigten Staaten von Amerika verschiedene Einflussfaktoren pointiert herausgearbeitet worden.⁵⁴ Steuerungsfunktionen entfalten nicht nur das (positive) Recht („*Law*“), sondern auch gesellschaftliche Normen („*Norms*“), die Kräfte des Marktes („*Market*“) sowie schließlich die „Architektur“ des Internets („*Architecture*“). Diese Einflussfaktoren wirken auf das Internet ein, Normen, der Markt und die Architektur des Netzes sind zudem ihrerseits wieder durch das Recht beeinflussbar. Das Vertrauen der Rechtsunterworfenen in die Eignung von Rechtsnormen zur Regulierung der modernen Informationsgesellschaft schwindet zwar gleichwohl; zugleich wird aber der gewährleistende Charakter namentlich der Grundrechte in den Vordergrund gestellt und eingefordert.

Der Ruf nach einem Rückbau einfachgesetzlicher Regularien im informations- und kommunikationstechnischen Bereich hat dabei mehrere Ursachen. Die Bewältigung des wissenschaftlichen und technischen Fortschritts durch das (Verwaltungs-)Recht gilt als genuin staatliche Aufgabe.⁵⁵ Die These einer weitgehenden (faktischen) Rechtsfreiheit der technischen Entwicklung, der der Staat „ihren Lauf lässt“⁵⁶ oder gar lassen muss, ist nach heutigem Verständnis objektiver Staatsaufgaben und grundrechtlicher Schutzpflichten nicht haltbar. Vom grundgesetzlich konstituierten „Präventionsstaat“⁵⁷ wird die Übernahme einer Verantwortung für die Folgen wissenschaftlichen und technischen Fortschritts verlangt.⁵⁸ Das Recht als Steuerungsmittel technischer Entwicklungen

Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 91 Rdnr. 9.

⁵³ S. etwa *W. Hoffmann-Riem*, AÖR Bd. 123 (1999), S. 531 (537 ff.); *K.-H. Ladeur*, ZUM 1997, 372 ff.; *R. Uerpmann-Witzack*, AVR Bd. 47 (2009), S. 261 (280 f.); eingehend *E. Billmeier*, Die Düsseldorf Sperrungsverfügung. Ein Beispiel für verfassungs- und gefahrenabwehrrechtliche Probleme der Inhaltsregulierung in der Informationsgesellschaft, 2006, S. 67 ff.; *Z. Talidou*, Regulierte Selbstregulierung im Bereich des Datenschutzes, 2005; *A. C. Thoma*, Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht, 2008; ferner *T. A. Deegen*, Freiwillige Selbstkontrolle der Access-Provider, 2007.

⁵⁴ *L. Lessig*, Code and Other Laws of Cyberspace, 1999 (dt.: Code und andere Gesetze des Cyberspace, 2001, übers. v. *M. Bischoff*).

⁵⁵ *D. Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985; *J. Ipsen*, VVDStRL Bd. 48 (1990), S. 177 (179); *P. Kirchhof*, NVwZ 1988, 97 ff. – Eine spezifisch umweltbezogene Technologiebewältigung fordert die Staatszielbestimmung in Art. 20 a GG; dazu vgl. etwa *D. Murswiek*, NVwZ 1996, 222 ff.; *R. Steinberg*, NJW 1996, 1985 ff., insb. 1990 ff.; *R. Pitschas*, in: *M. Kloepfer* (Hrsg.), Technikentwicklung und Technikrechtsentwicklung, 2000, S. 73 (82 ff.), leitet die Aufgabe der Technologiebewältigung aus dem Sozialstaatsprinzip her.

⁵⁶ So aber etwa noch *E. Forsthoff*, Der Staat Bd. 9 (1970), S. 145 (151 ff.); dagegen *J. Ipsen*, VVDStRL Bd. 48 (1990), S. 177 (179).

⁵⁷ Eingehend dazu *E. Denninger*, KritJ 1988, S. 1 ff.; *D. Grimm*, KritV 1986, S. 38 ff.; *J. Ipsen*, VVDStRL Bd. 48 (1990), S. 177 (179).

⁵⁸ Aus historischer Sicht *J. Ipsen*, VVDStRL Bd. 48 (1990), S. 177 (178 mit Fn. 5); *R. Grauert*, in: Festschrift f. *J. Broermann*, 1982, S. 457 (478 f.); *R. Wolf*, Der Stand der Technik,

wird indes nicht selten als „Technikverhinderung“ empfunden.⁵⁹ Kontroverse Stellungnahmen hat beispielsweise ein Beschluss des VGH Kassel vom 6. November 1989⁶⁰ provoziert. Das Gericht hatte – vor Inkrafttreten des GenTG – ausgeführt:

„Der Senat ist der Auffassung, daß Anlagen, in denen mit gentechnischen Methoden gearbeitet wird, nur aufgrund einer ausdrücklichen Zulassung durch den Gesetzgeber errichtet und betrieben werden dürfen. Dies folgert er aus der Schutzpflicht des Gesetzgebers, die auch auf dem Gebiet der Gentechnologie jedenfalls für die – wie hier – durch Art. 2 II GG geschützten Rechtsgüter z.B. der Ast. besteht (...).“⁶¹

Im Schrifttum ist dies als Anerkennung eines allgemeinen präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt für neuartige wissenschaftliche Methoden und technische Anlagen gedeutet und heftig kritisiert worden.⁶² Kann der Staat die Erlungenschaften der Industrie- und Informationsgesellschaft nur durch eine grundsätzliche Untersagung bewältigen, deren Ausübungssperre im Einzelfall nach detaillierter Prüfung aufgehoben werden kann? Das Gericht selbst hat seine Rechtsprechung auf den Bereich des Gentechnikrechts beschränkt und eine Anwendung auf andere Gebiete ausdrücklich abgelehnt.⁶³ Diese Zurückhaltung überzeugt: Recht dient nicht nur der Technikbegrenzung zum Schutze anderer Rechtsgüter, sondern trägt – bei entsprechender Qualität des ordnenden Rahmens – vor allem zur Technikermöglichung bei.⁶⁴ Ein grundsätzliches präventives Verbot würde zudem das grundrechtliche Konzept ins Gegenteil verkeh-

Geschichte, Strukturelemente und Funktion der Verrechtlichung technischer Risiken am Beispiel des Immissionsschutzes, 1986, S. 41 ff.; s. eingehend *M. Vec*, Kurze Geschichte des Technikrechts. Von den Anfängen bis zum Ersten Weltkrieg, in: *M. Schulte* (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, 2003, S. 3 ff.

⁵⁹ Vgl. etwa die Beiträge in *M. Kloepfer* (Hrsg.), Technikumsteuerung als Rechtsproblem. Rechtsfragen der Einführung der Gentechnik und des Ausstiegs aus der Atomenergie, 2002.

⁶⁰ VGH Kassel, NJW 1990, 336 ff.; dazu *L. Determann*, Neue, gefahrverdächtige Technologien als Rechtsproblem, 1996, S. 18. – Zu aktuellen Entwicklungstendenzen im Gentechnikrecht *Y. Schmidt*, in: *F. Arndt u. a.* (Hrsg.), Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit. 48. Assistententagung Öffentliches Recht, 2009, S. 155 ff.

⁶¹ VGH Kassel, NJW 1990, 336 (337).

⁶² *E. Deutsch*, NJW 1990, 338; *J. Fluck*, UPR 1990, 81 ff.; *H. Gersdorf*, DÖV 1990, 514 ff.; *G. Hirsch*, NJW 1990, 1445 ff.; *M. Kloepfer*, in: Festschrift f. P. Lerche, 1993, S. 755 ff.; *D. Murswiek*, JuS 1990, 588 f.; *P. Preu*, JZ 1991, 265 ff.; *M. Rose*, DVBl. 1990, 279 ff.; *H. H. Rupp*, JZ 1990, 91 f.; *R. Scholz*, in: Festschrift f. H. Sessler, 1991, S. 93 ff.; *H. Sessler*, NVwZ 1990, 231 ff.; *W. Graf Vitzthum*, VBIBW 1990, 48 ff.; *R. Wahl/J. Masing*, JZ 1990, 553; der Entscheidung zustimmend aber *J. Bizer*, KritJ 1990, S. 127 ff.; *V. Eiberle-Herm*, NuR 1990, 204 ff. – Zur Frage der Pflicht zur gesetzlichen Untersagung (grundrechts-)gefährdenden Handelns Privater durch den Gesetzgeber auf der Grundlage grundrechtlicher Schutzpflichten s. eingehend *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 113 ff.

⁶³ Dazu eingehend *L. Determann*, Neue, gefahrverdächtige Technologien als Rechtsproblem, 1996, S. 208 ff.

⁶⁴ *M. Kloepfer*, Informationsrecht, 2000, § 1 Rdnr. 39.

ren, dass Freiheit und Freiheitsausübung den Regelfall, die (gesetzliche) Beschränkung die Ausnahme darstellen sollen.

Das Recht – oder präziser: der Gesetzgeber – vermag häufig nur vergleichsweise langsam zu reagieren. Dies gilt nicht nur angesichts des allgemeinen wissenschaftlich-technischen Fortschritts, sondern in besonderer Weise auch im Hinblick auf die rasanten Entwicklungen der Informations- und Kommunikationstechnologie – namentlich wegen der stetig anwachsenden Menge flüchtiger virtueller Daten.⁶⁵ Dies erschwert die

„(Um-)Formulierung und Implementation von Regeln, die für ein analoges, langsames und ‚greifbareres‘ Zeitalter gedacht waren.“⁶⁶

In der „Verspätung von Politik und Recht“⁶⁷ können Nachteile⁶⁸ liegen (das Bild des den aktuellen Entwicklungen „hinterher hinkenden“ Gesetzgebers trifft die Realität insoweit recht gut), gelegentlich werden in dieser „Zeitversetzung“ jedoch auch Vorteile gesehen: Indem das Recht sich der jeweiligen wissenschaftlichen und technischen Entwicklung nicht nur anpasse, sondern diese (auch) hinhalte und verzögere, schaffe es der Gesellschaft und den politisch Verantwortlichen Raum zum Bedenken und Entscheiden; „die verborgene Vernunft der Ineffizienz“⁶⁹ mache eine dynamische gesellschaftliche Entwicklung überhaupt erst möglich. Soll das Recht solchermaßen als „Retardierungsmittel“ zur Entschleunigung tatsächlicher Veränderungen dienen und eine entsprechende „Rationalisierungsfunktion“ erfüllen, ist es vor große Aufgaben gestellt.

5. Rechtliche Gestaltung der Informationsgesellschaft als politische Aufgabe

Bei allen Schwierigkeiten der Bewältigung neuartiger Herausforderungen der Informationsgesellschaft muss immer wieder betont werden, dass es sich bei moderner Informations- und Kommunikationstechnik, namentlich dem Internet, um technische Strukturen handelt, die mit politischem Willen gestaltet werden können⁷⁰ und müssen. Gleichzeitig ist weitgehend anerkannt, dass eine rein „imperative“ Steuerung und Kontrolle von Information und Kommunikation zwangsläufig an ihre Grenzen stößt;⁷¹ auch die Möglichkeiten des Gesetz-

⁶⁵ Vgl. schon S. Simitis, in: J. Rüsen/E. Lämmert/P. Glotz (Hrsg.), Die Zukunft der Aufklärung, 1988, S. 165 (174f.); ferner W. Hoffmann-Riem, AöR Bd. 123 (1998), S. 513 (517); G. Walter, Internetkriminalität, 2008, S. 25.

⁶⁶ G. Walter, Internetkriminalität, 2008, S. 25.

⁶⁷ M. Kloepfer, Informationsrecht, 2002, § 1 Rdnr. 38.

⁶⁸ So dass das Recht gelegentlich insgesamt als „antiquiertes“ Steuerungsmittel betrachtet wird, s. R. Wolf, Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft, Leviathan 1987, S. 357; ders., Der Stand der Technik, 1986, S. 24ff.

⁶⁹ Dazu etwa B. Schlink, VVDStRL Bd. 48 (1990), S. 235 (259f.).

⁷⁰ G. Walter, Internetkriminalität, 2008, S. 25.

⁷¹ Vgl. H.-H. Trute, VVDStRL Bd. 57 (1998), S. 216 (262f.); ferner M. Kloepfer, Informationsrecht, 2002, § 4 Rdnr. 51.

gebers, die Folgen des technischen Fortschritts durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und die damit kombinierbare Implementation dynamischer Verweisungen „aufzufangen“, sind begrenzt.⁷² Aufgaben, Chancen und Perspektiven eines auch zukünftig noch seine Funktionen erfüllenden Gefahrenabwehrrechts sind gerade angesichts dieses Fortschritts immer wieder auf den Prüfstand zu stellen. Im Fokus befindet sich die Frage, ob und inwieweit das Recht gegenwärtig strukturell und inhaltlich in der Lage ist, Gefahren zu bewältigen, die durch die Besonderheiten einer zunehmenden Technisierung, Digitalisierung⁷³ und Orientierung an der längst vom öffentlichen Gut zum Wirtschaftsfaktor gewandelten⁷⁴ „Information“,⁷⁵ am „Datum“⁷⁶ entstehen. Anhand des Bildes von der „Information als Rohstoff“⁷⁷ wird einerseits deutlich, in welchem Maße die Information „zu einer Handlungsvoraussetzung des Individuums, zur Funktionsbedingung des freiheitlich-demokratischen Staatswesens, zu einem Produktionsfaktor der Wirtschaft“ werden kann und zum Teil bereits geworden ist,⁷⁸ andererseits, welche Bedeutung sie unter den Bedingungen ihrer stetig wachsenden gesellschaftlichen Relevanz auch für staatliches Handeln besitzt.

Die dargestellten Entwicklungen verdeutlichen, dass die moderne Informations- und Kommunikationstechnik zwangsläufig strukturelle Veränderungen im Verhältnis zwischen Staat, Bürger und Gesellschaft und eine „Verantwortungsteilung“ erfordert.⁷⁹ Dabei ist allerdings weitgehend anerkannt, dass we-

⁷² M. Kloepfer, Informationsrecht, 2002, § 4 Rdnr. 51.

⁷³ Zu Digitalisierung und Computerisierung s. M. Kloepfer, Informationsrecht, 2002, § 1 Rdnrn. 5 ff.; K.-H. Ladeur, CR 1996, 614 (615 f.); s. auch M. Germann, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, 2000, S. 56 f.

⁷⁴ F. Schoch, VVDStRL Bd. 57 (1998), S. 158 (172 f.); kritisch gegenüber dieser Entwicklung etwa J. Burmeister, in: Medienmarkt und Menschenwürde, 1992, S. 38 (60).

⁷⁵ Zur Bedeutung des Begriffs der „Information“ als rechtliche Kategorie s. M. Albers, Rechtstheorie Bd. 33 (2002), S. 61 ff.; J. Aulehner, Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge, 1998, S. 224 ff.; J. N. Druey, Information als Gegenstand des Rechts. Entwurf einer Grundlegung, 1995, S. 5 f.; I. Ebsen, DVBl. 1997, 1039; W. Hoffmann-Riem, AöR Bd. 134 (2009), S. 513 (517); M. Kloepfer, Informationsrecht, 2002, § 1 Rdnr. 56; F. Schoch, VVDStRL Bd. 57 (1998), S. 158 (166 ff.); T. Vesting, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2008, Rdnrn. 18 ff.; zum Stellenwert der „Information“ im Verfassungsrecht R. Stettner, in: Festschrift f. F. Knöpfle, 1996, S. 351 ff.

⁷⁶ M. Kloepfer, Informationsrecht, 2002, § 1 Rdnrn. 58 f.; T. Vesting, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2008, Rdnrn. 11 ff.

⁷⁷ H. F. Spinner, Die Wissensordnung. Ein Leitkonzept für die dritte Grundordnung des Informationszeitalters, 1994, S. 19.

⁷⁸ F. Schoch, VVDStRL Bd. 57 (1998), S. 158 (179). – Zum Informationsbedürfnis des Staates vgl. K. Stobrer, BayVBl. 2005, 489 (490).

⁷⁹ F. Schoch, VVDStRL Bd. 57 (1998), S. 158 (163); zur „Verantwortungsteilung“ zwischen Staat und Gesellschaft allgemein R. Pitschas, in: Festschrift f. H. Siedentopf, 2008, S. 285 (287 f.); H.-H. Trute, in: G. F. Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und „schlanke“ Staat, 1999, S. 13 ff.

der völlig auf staatliche Regulierung verzichtet werden kann, noch dass die Steuerung durch den Markt und Formen gesellschaftlicher Selbstregulierung entbehrlich ist.⁸⁰ Das Internet ist kein rechtsfreier Raum,⁸¹ und die Nutzer moderner Informations- und Kommunikationstechnik können nicht losgelöst von rechtlichen Bindungen agieren. Die Annahme, das Internet – geprägt von einem „anarchischen Wildwuchs“ – markiere den „Advent des herrschaftsfreien Diskurses“, ist unzutreffend.⁸² Denn in die Entstehung und Entwicklung des Internets

„waren doch durchaus vom ‚Gründungsakt‘ an (...) staatliche Entscheidungen und Interventionen involviert. Vor allem die US-Bundesministerien für Verteidigung (anfangs) und Wirtschaft (heute) sowie Medienaufsichts-, Geheimdienst- und Polizeibehörden usw. haben den Entwicklungsprozessen ihren steuernden Stempel ebenso aufgedrückt wie technische Normungsgremien.“⁸³

Ebenso wenig kann man aus den Schwierigkeiten einer rechtlichen Regulierung und den Defiziten im Gesetzesvollzug schließen, das Recht und seine Bezugskriterien könnten generell ihre Steuerungsaufgabe nicht mehr erfüllen. Im Gegenteil: Auch unter den Bedingungen der „Informationsgesellschaft“ ist an der grundsätzlichen „Herrschaft des Rechts“, an seinem jedenfalls grundsätzlichen Vorrang vor Selbstregulierungsmechanismen und kooperativen Handlungsformen festzuhalten; denn auch diesen müssen rechtliche Direktiven vorgegeben werden, um den diversen Verantwortlichkeiten des Staates – etwa für den Grundrechtsschutz – gerecht zu werden. Da konsensuale und kooperative Handlungselemente zwar einerseits verfassungsrechtlich in gewissem Umfang geboten, gleichzeitig aber im Grunde genommen nur in gesellschaftlichen und wirtschaftlichen „Schönwetterperioden“ voll funktionsfähig sind, weil namentlich die Gefährdungen der „Informationsgesellschaft“ derart schadensgeneigt sind, dass auch für den „Ernstfall“ eine Handlungsfähigkeit erhalten bleiben muss, und da schließlich die Möglichkeiten der Privatisierung und Kooperation im Bereich des Gefahrenabwehrrechts begrenzt sind, muss es beim

⁸⁰ F. Schoch, VVDStRL Bd. 57 (1998), S. 158 (164); s. auch J. Scherer, AfP 1996, S. 213 (214).

⁸¹ Deziert J. Scherer, AfP 1996, S. 213 (214): „Online-Systeme sind, auch wenn sie in den ‚Cyberspace‘ führen, regelungsbedürftig“; s. zu „virtuellen Welten“ im Rechtsleben aber instruktiv O. M. Habel, MMR 2008, 71 ff. – Im Zusammenhang mit Forderungen nach einer „Rechtsfreiheit“ des Internets wird häufig verkannt, dass eine Rechtsfreiheit nicht nur einen Dispens von rechtlichen Verpflichtungen und Bindungen zur Folge hätte, sondern auch einen Verlust rechtlicher Gewährleistungen; s. dazu etwa den zutreffenden Hinweis bei C. Fiedler, Meinungsfreiheit in einer vernetzten Welt. Staatliche Inhaltskontrolle, gesetzliche Providerhaftung und die Inhaltsneutralität des Internet, 2002, S. 54 ff., die Äußerungsfreiheit sei auch im Internet eine normative und keine naturwissenschaftliche Frage.

⁸² F. Kittler, Krieg im Schaltkreis, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 25. 11. 2000, S. 1; M. Kloepfer, Informationsrecht, 2002, § 1 Rdnr. 38.

⁸³ M. Kloepfer, Informationsrecht, 2002, § 1 Rdnr. 38.

Primat des Rechts bei der Bewältigung der Gefahren moderner Informations- und Kommunikationstechnik bleiben.

6. Eignung traditioneller Kategorien des Rechts zur Bewältigung der Informationsgesellschaft

Im Detail bleibt immerhin fraglich, inwieweit rechtliche Steuerungs- und Kontrollmittel angesichts der gegenwärtigen tatsächlichen Voraussetzungen modifiziert werden müssen. Es dürfte sich im Ergebnis als zweckmäßig erweisen, an den überkommenen Kriterien festzuhalten, die bereits in der Vergangenheit zur Bewältigung des technologischen Fortschritts beigetragen haben. Gegen Tendenzen einer „Entterritorialisierung“ und „Entpersonalisierung“ insbesondere im Zusammenhang mit dem Internet – das keineswegs ein von der „physischen Welt“ losgelöstes Phänomen, sondern Bestandteil dieser realen Welt ist – ist daher mit *Thomas Hoeren* und anderen eine Rückkehr zu den Kriterien von *persona, forma* und *res* zu fordern:⁸⁴

„Es trifft zwar zu, dass (...) das Internet keine Grenzen kennt und einen homogenen Handlungsraum darstellt. Aber es ist gleichzeitig wichtig, sich in Erinnerung zu rufen, dass das Netz mit der realen Welt durchaus physisch verbunden ist. Jeder ‚Internethost‘ hat einen konkreten Standort, jeder Internetnutzer ebenfalls, und alle Daten sind zu einem bestimmten Zeitpunkt t an einem Ort x gespeichert. Diese territoriale Bindung lässt sich über die Internetadresse eines Rechners und über die Daten von Internet-Service-Providern auch ohne weiteres lokalisieren. Das Internet liegt nicht komplett jenseits der physischen Welt und damit auch nicht jenseits der Regelsysteme, die für die physische Welt erdacht worden sind.“⁸⁵

Gegen Vorstöße zur Ausprägung einer eigenen *lex informatica* ist auf die systembildende Funktion der grundgesetzlichen Gewährleistungen hinzuweisen; dieser verfassungsrechtliche Rahmen ist nicht im Sinne einer „Informationsverfassung“ als Subverfassung zu verstehen,⁸⁶ sondern als – auch Gefahrenabwehrhandelnd bindendes – „Informationsverfassungsrecht“.⁸⁷ Maßgeblich prägende Elemente dieses Informationsverfassungsrechts sind namentlich die – vom Bundesverfassungsgericht in seiner Judikatur zu sog. Informationseingriffen und anderen informations- bzw. kommunikationsbezogenen Maßnahmen u. a. durch die Anerkennung eines (etwas sperrig benannten, aber in der Sache zu begrüßenden) „Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Inte-

⁸⁴ *T. Hoeren*, NJW 2008, 2615 ff.; zur „Territorialisierung“ von Internet-Angeboten vgl. etwa *M. Winkelmüller/H. W. Kessler*, GewArch. 2009, 181 ff.

⁸⁵ *G. Walter*, Internetkriminalität, 2008, S. 25.

⁸⁶ Dagegen etwa auch *M. Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 3 Rdnr. 1; *R. Stettner*, in: Festschrift f. F. Knöpfle, 1996, S. 351 (353). – Für die Annahme einer „Informations-“ bzw. „Kommunikationsverfassung“ aber *H. Bismark*, Neue Medientechnologien und grundgesetzliche Kommunikationsverfassung, 1982, S. 131 f.

⁸⁷ *M. Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 3 Rdnr. 1. – Kritisch gegenüber einer *lex informatica* auch *R. Uerpman-Witzack*, AVR Bd. 47 (2009), S. 261 (279 f.).

grität informationstechnischer Systeme“⁸⁸ konturierten – grundrechtlichen Rahmenbedingungen, grundgesetzliche Kompetenzvorgaben sowie sonstige Werte mit (teilweise zweifelhaftem⁸⁹) Verfassungsrang. Diese verfassungsrechtlichen Direktiven haben unmittelbaren Einfluss auf die Auslegung und Anwendung einfachgesetzlicher Bestimmungen. Eine besondere Rolle spielt dabei der rechtsstaatlich fundierte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁹⁰ Ebenso bedeutsam ist der Grundsatz der „praktischen Konkordanz“. Denn die genannten verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen sind mit entgegen stehenden Gewährleistungen in Ausgleich zu bringen:

„Informationsbezogene Verfassungsnormen bilden notwendig ein System konfligierender Gewährleistungen, unter denen das Verhältnis zwischen der Informationsrestriktion und der Informationssicherheit einerseits und der kommunikativen, den ‚Free Flow of Information‘ ermöglichenden Grundfreiheiten andererseits besonderer Hervorhebung bedarf.“⁹¹

Dabei stehen sich auch hinsichtlich der modernen Informations- und Kommunikationstechnik die beiden Paradigmata der Technikverträglichkeit der Verfassung und der Verfassungsverträglichkeit der Technik gegenüber.⁹² Gewiss hat das Bundesverfassungsgericht der technischen Entwicklung im Bereich der Information und Kommunikation durch eine Fortentwicklung grundrechtlicher Gewährleistungen Rechnung getragen, und nicht selten wird der objektiv-rechtlichen Funktion der Grundrechte eine Rechtspflicht des Staates entnommen,

„im Wege der Vorsorge (...) ordnend und gestaltend einzugreifen, wenn die Anwendung einer (neuartigen) Technik der Grundrechtsverwirklichung den Boden zu entziehen droht.“⁹³

Namentlich der Rückgriff auf Vorsorgegesichtspunkte unter Betonung objektiv-rechtlicher Gehalte hat jedoch den aus rechtsstaatlicher Sicht hohen „Preis der Unschärfe“.⁹⁴ Es bedarf daher einer klaren dogmatischen Unterscheidung

⁸⁸ Dazu eingehend u. 4. Teil, D. III.

⁸⁹ S. etwa zur Diskussion um den Verfassungsrang des sog. „Trennungsgebotes“ bezüglich Polizei- und Verfassungsschutzbehörden u. 6. Teil, B. II.

⁹⁰ Vgl. etwa *D. Neumann*, Vorsorge und Verhältnismäßigkeit, 1994, S. 95: „juristisches Kernstück für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit polizeilichen Handelns zur Gefahrenabwehr“.

⁹¹ *M. Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 3 Rdnr. 1.

⁹² *M. Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 3 Rdnr. 10; zur Verfassungsverträglichkeit der Technik *A. Roßnagel*, Recht und Politik 1987, S. 4 ff.; zu einer „technikbegleitenden Verfassungsauslegung“ s. *H. Kube*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 91 Rdnrn. 82 ff.

⁹³ *M. Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 3 Rdnr. 10, der dieser Deutung vorsichtig zustimmt; s. auch *A. Roßnagel*, in: ders. (Hrsg.), Freiheit im Griff – Informationsgesellschaft und Grundgesetz, 1989, S. 9 (13).

⁹⁴ *M. Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 3 Rdnr. 11.

zwischen eigentlichem Grundrechtsschutz und Grundrechtsvoraussetzungs-schutz.⁹⁵

7. Internationalisierung und Globalisierung

In einer zunehmend „globalisierten“ Welt lassen sich viele Probleme im Zusammenhang mit der Gefahrenabwehr nicht mehr nur mit solchen rechtlichen Strukturen lösen, die an den geographisch-politischen Grenzen Halt machen. Allein die Beispiele des von den Virgin Islands aus angebotenen Internet-Glücksspiels, von in osteuropäischen Staaten in das *World Wide Web* eingespeister Kinderpornographie und der Nutzung der Informations- und Kommunikationstechnik durch grenzüberschreitend agierende internationale kriminelle Organisationen verdeutlichen die neuartigen Herausforderungen. Dabei verlagert und erweitert sich das Bedrohungspotenzial beständig: Ging es noch vor einigen Jahren primär um die Unterdrückung volksverhetzender und den Nationalsozialismus verherrlichender Äußerungen im Internet,⁹⁶ so lässt sich inzwischen auch eine Internationalisierung der Internetkriminalität als „Schattenseite der Globalisierung“⁹⁷ feststellen. Beispielsweise werden auf Servern in den Vereinigten Staaten von Amerika Internet-Seiten gehostet, auf denen öffentlich zum „*Dschihad*“ aufgerufen wird.⁹⁸ Das Internet ist „Tatwerkzeug“⁹⁹ nicht nur auf deutschem Boden; kriminelle Einzeltäter, vor allem aber (auch international) organisierte kriminelle Gruppierungen liefern sich mit den Gefahrenabwehrbehörden einen „Rüstungswettlauf in der Informationstechnologie“.¹⁰⁰ Diese Entwicklung wird dadurch verschärft, dass immer häufiger Schadtechnologien „vermietet“ werden; so könnten sich terroristische Akteure, die selbst nicht über das technische *Know How* verfügen, das entsprechende Wissen und die erforderliche Ausrüstung auf einem „Markt der Internetkriminalität“ verschaffen.¹⁰¹

⁹⁵ M. Kloepfer, Informationsrecht, 2002, § 3 Rdnr. 11; ders., Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, 1970, S. 16f.; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 670f.; speziell zum Grundrechtsvoraussetzungsschutz durch staatliche Informationsvorsorge H.-H. Trute, VVDStRL Bd. 57 (1998), S. 216 (254f.).

⁹⁶ Vgl. dazu K. Bremer, MMR 2002, 147ff.

⁹⁷ Eingehend G. Walter, Internetkriminalität, 2008. – Zudem bestehen internationale Zuständigkeitskonflikte bei der Bewältigung der Internet-Kriminalität; vgl. C. Kuner, CR 1996, 453ff.

⁹⁸ Dazu K. Otte, DAJV 2006, 97.

⁹⁹ S. etwa P. Wiedemann, Kriminalistik 2000, 229ff.; ferner M. Gercke, MMR 2008, 291 (293f.); M. Germann, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, 2000, S. 183ff.

¹⁰⁰ P. Schaar, in: S. Huster/K. Rudolph (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, 2008, S. 45ff.

¹⁰¹ G. Walter, Internetkriminalität, 2008, S. 24, am Beispiel der sog. „Botnets“, einer besonderen Erscheinungsform der „malware“. Durch „Botnets“ werden verschiedene infizierte Rechner miteinander verbunden und lassen sich „fernsteuern“, so dass von diesen Strukturen

Von besonderem Interesse sind daher nicht nur die auf europäischer Ebene diskutierten und umgesetzten europaweiten Maßnahmen, die fortschreitende „Harmonisierung“ gefahrenabwehrrechtlicher Regelwerke¹⁰² aufgrund europarechtlicher Bestimmungen, die in zahlreichen Bereichen des allgemeinen und speziellen Ordnungsrechts – wie z. B. dem Umwelt(-ordnungs-)recht,¹⁰³ aber auch dem Informationsrecht¹⁰⁴ – die nationale Rechtsordnung beeinflussen, überlagern und modifizieren, sowie die internationale Kooperation von Polizeibehörden, sondern namentlich auch der Umgang mit Gefahren im bzw. „aus dem“ (insbesondere nichteuropäischen) Ausland.

In der rechtlichen Bewältigung der Informations- und Kommunikationstechnik nehmen die Vereinigten Staaten von Amerika noch immer eine „Pionierstellung“ ein,¹⁰⁵ obwohl auch dort längst nicht hinsichtlich aller Fragen Einigkeit erzielt werden konnte.¹⁰⁶ Im Ursprungsland zahlreicher Technologien (wie des *World Wide Webs* selbst)¹⁰⁷ sind auch die Schwierigkeiten, die nun in Europa bewältigt werden müssen, teilweise schon vor einigen Jahren aufgetreten und öffentlich diskutiert worden. Da aber die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen in den Vereinigten Staaten von Amerika – nicht zuletzt wegen eines von der kontinentaleuropäischen Sichtweise abweichenden Verständnis-

– meist ohne Wissen und Wollen der Eigentümer und Nutzer – koordinierte Angriffe auf andere Informationsstrukturen geführt werden können.

¹⁰² Zur Bedeutung der Harmonisierung internationaler Rechtsnormen zur Bekämpfung der Internetkriminalität in einem „homogenen“ Internet s. G. Walter, Internetkriminalität, 2008, S. 26.

¹⁰³ Zum Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Umweltrecht eingehend R. Breuer, Staatlicher und europäischer Umweltschutz im Widerstreit, in: Staatlicher und europäischer Umweltschutz im Widerstreit – Umweltrechtstage 2001, Tagungsband, 2001, S. 61 ff.; A. Prehn, Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf den mitgliedstaatlichen Verwaltungsvollzug im Bereich des Umweltschutzes am Beispiel Deutschlands, 2006.

¹⁰⁴ Zur Medienordnung der Europäischen Union im Überblick A. Tettenborn, MMR 1998, 18 ff.

¹⁰⁵ Dies belegen schon die frühe Entstehung und die fruchtbare Arbeit von Forschungseinrichtungen namentlich zu rechtlichen Fragen des Internets z. B. an renommierten US-amerikanischen Universitäten: Das *Center for Internet and Society (CIS)* in Stanford, das *Information Society Project* in Yale und das *Berkman Center for Internet and Society* in Harvard; zur Konstituierung des Informationsrechts als Rechtsgebiet eingehend M. Kloepfer, Informationsrecht, 2002, § 1 Rdnrn. 80 ff.; s. auch H. Kubicek, CR 1995, 370 ff., zum Vergleich informationsordnungsbezogener Konzepte und Politikprozesse; J. Wöbke, CR 1997, 313 ff.

¹⁰⁶ Vgl. nur die Arbeiten von Lawrence Lessig über die – nicht nur rechtliche – Regulierbarkeit des sog. „Codes“, der „Architektur“ des Internets: Code and Other Laws of Cyberspace, 1999, dt. u. d. T.: Code und andere Gesetze des Cyberspace, 2001.

¹⁰⁷ Aus dem umfangreichen Schrifttum zur Geschichte des Internets vgl. nur K. Hafner/M. Lyon, Where Wizards Stay Up Late. The Origins of the Internet, 1998; s. auch die Überblicke bei M. Germann, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, 2000, S. 33 f., bei M. Kloepfer, Informationsrecht, 2002, § 1 Rdnrn. 9 ff., und bei H. Kube, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 91 Rdnrn. 3 f.

ses von Meinungsfreiheit und Datenschutz¹⁰⁸ – trotz einer Übereinstimmung in der freiheitlichen Grundtendenz andere sind, wäre ein Vergleich mit den dort diskutierten konkreten Lösungsansätzen für einzelne ordnungsrechtliche Probleme für die Handhabung in Deutschland zwar instruktiv, unterbleibt aber mangels Relevanz für die *rechtlichen* Bewertungen im Rahmen dieser Untersuchung.

II. Die „Informationsgesellschaft“ und ihre rechtliche Bedeutung

Der Begriff der „Informationsgesellschaft“ hat in Publikationen und anderen Stellungnahmen der unterschiedlichsten Disziplinen in den vergangenen Jahren geradezu inflationäre Verwendung gefunden. In seinem Werk *„The Great Disruption“*¹⁰⁹ beschreibt der US-amerikanische Politologe *Francis Fukuyama* die Rahmenbedingungen und Erscheinungen der Informationsgesellschaft differenziert; er bemerkt dazu:

„Im Laufe der letzten fünfzig Jahre haben die Vereinigten Staaten und andere ökonomisch hochentwickelte Länder schrittweise den Übergang in die sogenannte ‚Informationsgesellschaft‘, ins ‚Informationszeitalter‘ oder ins ‚postindustrielle Zeitalter‘ vollzogen.“¹¹⁰

Friedrich Schoch hat schon 1998 die wesentlichen technischen Entwicklungslinien herausgestellt. Festzustellen sei eine „Ressourcenvermehrung“ im Sinne einer schwindenden Knappheit von Übertragungskapazitäten.¹¹¹ Ferner sei eine Konvergenz zwischen Individual- und Massenkommunikation auszumachen – die Trennungslinie beider Bereiche werde unscharf.¹¹² Schließlich seien Informationsnetze und Informationsdienste einem Globalisierungsprozess unterworfen („Entgrenzung durch Information“).¹¹³ Weitere Kennzeichen der Informationsgesellschaft sind die eminente Bedeutung von Information und

¹⁰⁸ S. etwa nur *B. Holznagel*, AfP 2002, 128 ff.; *G.F. Schröder*, Das Recht auf freie Meinungsäußerung im Internet. Ein Vergleich der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, 1999; *A. Genz*, Datenschutz in Europa und den USA. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Safe-Harbor-Lösung, 2004.

¹⁰⁹ 1999; dt.: Der große Aufbruch. Wie unsere Gesellschaft eine neue Ordnung erfindet, 2000.

¹¹⁰ *F. Fukuyama*, Der große Aufbruch. Wie unsere Gesellschaft eine neue Ordnung erfindet, 2000, S. 15; s. auch *D. Bell*, Die nachindustrielle Gesellschaft, 1985; *M. Castells*, The Rise of the Network Society, 1996; *A. Toffler*, The Third Wave, 1980.

¹¹¹ *F. Schoch*, VVDStRL Bd. 57 (1998), S. 158 (169 f. m. w. N.). – Mit dieser Entwicklung hat auch das früher zur Rechtfertigung der Sonderstellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks herangezogene Knappheitsargument weiter an Boden verloren; s. a. *K.-H. Ladeur*, CR 1996, 614 (615).

¹¹² *F. Schoch*, VVDStRL Bd. 57 (1998), S. 158 (170 f. m. w. N. in Fn. 44 f.).

¹¹³ *K. W. Grewlich*, Konflikt und Ordnung in der globalen Kommunikation. Wettstreit der Staaten und Wettbewerb der Unternehmen, 1997, S. 36 ff.

Kommunikation, die Ausprägung einer flächendeckenden Informationsinfrastruktur und die „Verschmelzung“ von „neuen“ und „alten“ Medien („Medienkonvergenz“).¹¹⁴

Ist unter Zugrundelegung solcher deskriptiver Ansätze die Informationsgesellschaft schon gegenwärtig Realität, stellt sich die Frage nach den Konsequenzen dieser Erkenntnis. Im Kontext der vorliegenden Untersuchung ist dabei zu klären, welcher Bedeutungsgehalt dem zunächst diffusen¹¹⁵ Begriff der „Informationsgesellschaft“ zukommt und wie und in welchem Umfang er für eine rechtswissenschaftliche Analyse des geltenden Gefahrenabwehrrechts fruchtbar gemacht werden kann. Zu fragen ist also nach dem *rechtlich relevanten* Gehalt des Terminus „Informationsgesellschaft“.

Die Bundesregierung hat in ihrem Bericht „Info 2000 – Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft“ folgende Definition verwendet:

„Der Begriff ‚Informationsgesellschaft‘ steht für eine Wirtschafts- und Gesellschaftsform, in der der produktive Umgang mit der Ressource ‚Information‘ und die wissensintensive Produktion eine herausragende Rolle spielen. Sie wird an den Entwicklungen und Veränderungen in den Bereichen Technik, Wirtschaft, Arbeitswelt und Umwelt in besonderer Weise deutlich.“¹¹⁶

Bei eingehender Betrachtung gelangt man zu dem Ergebnis, dass der Begriff kaum Ansatzpunkte für einen rechtswissenschaftlichen Zugang bietet und auch sonst eher soziologischer, ja geradezu „esoterischer“ Natur ist.¹¹⁷ *Hans-Heinrich Trute* hat zutreffend festgestellt, dass die fehlende Trennschärfe der Unterscheidung zwischen der Informationsgesellschaft und anderen Gesellschafts-„Formen“ eine

„multimedial entfesselte Diskussion (...) [nicht] hindert (...), in täglich neuen Visionen, Prognosen und Entwürfen das technisch Mögliche mit dem Erwünschten und Gegenwärtigen zu einer unübersichtlichen Gemengelage zu verschmelzen.“¹¹⁸

Die Tauglichkeit des Begriffs als Kategorie und Argumentationstopos in einer rechtswissenschaftlichen Abhandlung bleibt daher gering:

„Ob der Begriff der ‚Informationsgesellschaft‘ die Struktur oder sogar das Zeitalter einer ‚nachindustriellen Gesellschaft‘ zutreffend beschreibt, ist keine Frage der Staats- und Verwaltungsrechtslehre.“¹¹⁹

¹¹⁴ E. Perrey, Gefahrenabwehr und Internet, 2003, S. 60.

¹¹⁵ Vgl. H. J. Kleinsteuber, Kurswechsel 2/1998, S. 20ff.; E. Perrey, Gefahrenabwehr und Internet, 2003, S. 58.

¹¹⁶ BT-Drs. 13/4000, S. 15.

¹¹⁷ Kritisch etwa auch P. Noack, Internationale Politik Heft 11/1996, S. 11: Die Auseinandersetzung mit dem Begriff der Informationsgesellschaft und ihren Folgen sei „hochspekulativ“; es sei „absehbar, daß die geradezu euphorischen Bilder, mit denen ihre Heraufkunft beschrieben wird, das Papier nicht wert sind, auf dem die Anbeter der dritten technischen Revolution ihre Visionen niederlegen“.

¹¹⁸ H.-H. Trute, VVDStRL Bd. 57 (1998), S. 216 (218).

¹¹⁹ R. Gröschner, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 344 (358).

Vielmehr soll der Terminus der „Informationsgesellschaft“ offenkundig in erster Linie dazu dienen, die immensen sozialen Implikationen des informationstechnischen Wandels *sprachlich* handhabbar zu machen.¹²⁰ Er erfüllt dabei im Einzelnen unterschiedliche Funktionen: Er dient als Schlagwort in und für politische Handlungsprogramme und Initiativen, auf nationalem wie internationalem Parkett, mit durchaus unterschiedlichen Inhalten und Zielrichtungen. Zudem wird er im Zusammenhang mit Angaben zum Verbreitungsniveau von elektronischen Informations- und Kommunikationstechniken sowie mit Prognosen einer durch diese Techniken gewandelten Gesellschaft verwendet, teilweise aber auch schlicht zu Zwecken der Werbung für diese Techniken.

Bei der Formulierung von Politikzielen im Zusammenhang mit der Informationsgesellschaft fällt eine Orientierung im Wesentlichen an wirtschaftlichen Erwägungen auf. Dies ist insbesondere auf Handlungszwänge aus der internationalen Politikverpflichtung zurückzuführen;¹²¹ bereits 1995 sind auf der G7-Ministerkonferenz acht Grundprinzipien zur Verwirklichung des Zukunftsbildes von der „Globalen Informationsgesellschaft“ aufgestellt worden: Die Förderung eines dynamischen Wettbewerbs, die Förderung von Privatinvestitionen, die Festlegung eines anpassungsfähigen ordnungsrechtlichen Rahmens und die Sicherstellung eines offenen Netzzugangs bei gleichzeitiger Sicherung eines universellen Dienstangebots und -zugangs, die Förderung der Chancengleichheit aller Bürger, die Förderung der Programmvierfalt einschließlich der kulturellen und sprachlichen Vielfalt sowie die Anerkennung der Notwendigkeit einer weltweiten besonderen Berücksichtigung der Entwicklungsländer. Diese Zielsetzungen sind wegen der weitgehenden Ausblendung oder jedenfalls wegen der Zurückstellung sozialer und kultureller Interessen sowie der individuellen Belange von Informationsrezipienten¹²² als einseitig kritisiert worden:

„Es ist die gesellschaftliche Dimension der Informationstechnologie, die bisher zu kurz kommt, da das neue Zeitalter gegenwärtig noch immer als eine Domäne der Technologen und der Wirtschaftswissenschaftler betrachtet wird.“¹²³

Ansatzpunkte für eine *rechtliche* Bewertung und Nutzung des Begriffs der „Informationsgesellschaft“ lassen sich nach alledem nur gewinnen, indem man – differenziert nach dem jeweils anzuwendenden Rechtsregime – die tatsächlichen Veränderungen und Entwicklungen beschreibt, die für dieses Rechtsregime Be-

¹²⁰ O. Winkel, Aus Politik und Zeitgeschichte, Heft 41–42/2000. – Zum Konzept der Informationsgesellschaft vgl. ferner dens., Demokratische Politik und Kommunikation im 21. Jahrhundert, 1999, S. 10f.; H. Kleinsteuber, Gegenwartskunde 1/1997, S. 41 ff.; zum Begriff der „Internet-Gesellschaft“ E. Perrey, Gefahrenabwehr und Internet, 2003, S. 20ff.

¹²¹ F. Schoch, VVDStRL Bd. 57 (1998), S. 158 (175).

¹²² F. Schoch, VVDStRL Bd. 57 (1998), S. 158 (175).

¹²³ P. Noack, Internationale Politik Heft 11/1996, S. 11 (12).

deutung besitzen. Dass in dieser Untersuchung der letztlich leeren Begriffshölle „Informationsgesellschaft“ überhaupt Beachtung zukommt, lässt sich damit rechtfertigen, dass sie als „Schlagwort“ in unzähligen auch juristischen Beiträgen zu finden ist und mit einem völlig neuartigen „Charakter“ der Gesellschaft in Zusammenhang gebracht wird, die daher – so liest man gelegentlich – einer ebenso völlig neuen, jedenfalls aber grundlegend gewandelten Rechtsordnung bedürfe, die vielleicht sogar – noch über eine solche Totalrevision des geschriebenen Rechts hinaus gehend – derart an Wirkungs- und Regelungskraft verlöre, dass man das (informations-)gesellschaftliche Leben auf breiter Front Selbstregulierungskräften zu überlassen hätte. Die Euphorie um die anbrechende bzw. bereits erreichte Informationsgesellschaft und die mit ihr verbundenen prophetischen Szenarien recht(-snorm-)loser Regulierung müssen aber „entzaubert“, ihre rechtliche Erfassung muss wieder auf den Boden einer realistischen, vor allem aber dogmatisch fundierten Bewertung gestellt werden.¹²⁴

III. „Informationsgesellschaft“ und „Risikogesellschaft“

Ähnlich deskriptiv wie der Begriff der „Informationsgesellschaft“, aber weiter gefasst ist derjenige der sog. „Risikogesellschaft“.¹²⁵ Die durch eine besondere Quantität und Qualität an bzw. von „Risiken“ gekennzeichnete Gesellschaft soll sich inzwischen zu einer „Weltrisikogesellschaft“ fortentwickelt haben.¹²⁶ Technische Entwicklungen und die daraus resultierenden Gefahrenpotenziale, Natur- und Umweltkatastrophen, kriegerische Auseinandersetzungen und terroristische Anschläge haben in den vergangenen Jahrzehnten die „Stabilität und Planbarkeit des Lebens auch in den westlichen Industrienationen erodieren las-

¹²⁴ Vgl. *R. Gröschner*, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 344 (358f.); zur dogmatischen „Herausforderung“ der Informationsgesellschaft s. auch *A. Voßkuhle*, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, S. 349 (350).

¹²⁵ Vgl. grundlegend *U. Beck*, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1986; *D. Neumann*, *Vorsorge und Verhältnismäßigkeit*, 1994, S. 18 ff.; *R. Steinberg*, *Der ökologische Verfassungsstaat*, 1998, S. 23 ff.; sowie die Beiträge in *R. Pitschas* (Hrsg.), *Kriminalprävention und „Neues Polizeirecht“*. Zum Strukturwandel des Verwaltungsrechts in der Risikogesellschaft, 2002. – Zu den Konzepten der „Risikogesellschaft“ eingehend *C. Pritt-witz*, *Strafrecht und Risiko*, 1993, S. 49 ff.; zur Rolle des Rechts in der Risikogesellschaft *G. Winter*, *KritJ* 1998, S. 518 ff.; s. auch *R. Pitschas*, in: *D. Hart* (Hrsg.), *Privatrecht im „Risiko-staat“*, 1997, S. 215 ff., zur speziellen Risikosteuerung durch Recht; zum Verhältnis von Informations- und Risikogesellschaft *W. Hoffmann-Riem*, *AöR* Bd. 123 (1998), S. 513 (528 f.); zur Informationstechnik als Element der Risikogesellschaft *U. Sieber*, *CR* 1995, 100 (112 f.).

¹²⁶ *U. Beck*, *Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*, 2007; *S. Braum*, *KritV* 2005, S. 282 (285). – Zu den damit verbundenen Veränderungen einer globalen „ganzheitlichen Sicherheitspolitik“ mit kritischen Anmerkungen und Forderungen nach gesetzgeberischer Ausarbeitung der fragmentarischen verfassungsrechtlichen Vorgaben *E. Denninger*, in: *H. Lisen/E. Denninger* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 4. Aufl. 2007, Rdnr. 10.

sen“.¹²⁷ Die Risiken bedrohen zumindest potenziell jeden, unabhängig von räumlichen oder sozialen Kriterien.¹²⁸ Die Rede ist von einem „Unsicherheitszeitalter“,¹²⁹ von einem „age of uncertainty“.¹³⁰ Gegenläufige Stellungnahmen betonen, dass die Bewohner der westlichen Zivilisation im Laufe der Geschichte noch nie so sicher gelebt hätten wie gegenwärtig,¹³¹ und weisen auf die privilegierte Situation einer weit gehenden Absicherung hin.¹³²

Unabhängig von einer Qualifizierung als „Informations-“ oder „Risikogesellschaft“ herrscht Einigkeit jedenfalls dahingehend, dass die naturwissenschaftlich-technische, insbesondere die kommunikations- und informations-technische Entwicklung in allen Bereichen neue Anforderungen stellt, namentlich die fortschreitende Globalisierung¹³³ und die exponentiell wachsende Anzahl der Internet-Nutzer (namentlich in Deutschland; der geringe technische und finanzielle Aufwand wird voraussichtlich zu einer weiteren Steigerung führen). Viele Bereiche des Lebens (Kommunikation, Einkauf, Abschlüsse von Verträgen etc.) verlagern sich in „virtuelle Räume“. Anhand dieser Entwicklungen zeigt sich, dass Überschneidungsbereiche zwischen Informations- und Risikogesellschaft bestehen.

„Unsicherheitszeitalter“ und „Weltrisikogesellschaft“ entgrenzen auch das Feld der „inneren Sicherheit“:

„Es gibt keine klar kalkulierbaren Margen von Verdacht, Prävention, Intervention, Repression, Risiko und Gefahr mehr. Die Wissensgrundlagen auf diesem Feld unterliegen vielfältigen Definitions-, Entdeckungs- und Aushandlungsprozessen (...). Was als Wissen und Nichtwissen – beispielsweise für Lagebeschreibungen, Entscheidungen und Problemlösungen – gilt, ist ebenso umstritten und umkämpft wie die damit verbundenen politischen und praktischen Konsequenzen sowie zuvor schon die Ursachen.“¹³⁴

Und:

„In dieser Lage zerbröckelt der Kontrollmythos der (national-)staatszentrierten Moderne auch für die ‚innere Sicherheit‘“.¹³⁵

¹²⁷ G. Brockhaus, Politische Studien, Heft 386, 2002, S. 44.

¹²⁸ G. Brockhaus, Politische Studien, Heft 386, 2002, S. 44.

¹²⁹ W. Bonß, Vom Risiko. Unsicherheit und Ungewißheit in der Moderne, 1995, S. 23.

¹³⁰ J. K. Galbraith, The Age of Uncertainty, 1977.

¹³¹ F.-X. Kaufmann, Normen und Institutionen als Mittel zur Bewältigung von Unsicherheit. In: F. Holzheu (Red.), Gesellschaft und Unsicherheit, 1987, S. 37 (38).

¹³² A. Anter, in: M. H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, 2009, S. 15 (17 m. w. N.).

¹³³ Zu den veränderten Anforderungen an die Gewährleistung von Sicherheit unter den Bedingungen der Globalisierung s. etwa A. Hanning, in: S. Huster/K. Rudolph (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, 2008, S. 191 (192 ff.); s. auch E. Perrey, Gefahrenabwehr und Internet, 2003, S. 59 f.

¹³⁴ P. Stegmaier/T. Feltes, in: H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, 2009, S. 417 (421).

¹³⁵ P. Stegmaier/T. Feltes, in: H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, 2009, S. 417 (421).

Die beschriebenen Entwicklungen haben zwangsläufig Auswirkungen auch auf die rechtliche Bewältigung, insbesondere auf das Handlungsinstrumentarium, das den zur Erfüllung der – wie bereits gezeigt – erheblichen Wandlungen unterworfenen Gefahrenabwehraufgaben berufenen Behörden zur Verfügung steht oder (*de lege ferenda*) stehen sollte.

Eine *allgemeine* rechtliche Bedeutung kann den Begriffen der „Informationsgesellschaft“ und der „Risikogesellschaft“ nicht zuerkannt werden; zu berücksichtigen sind aber insbesondere bei der Anwendung und Auslegung von Rechtsnormen sowie bei ihrer verfassungsrechtlichen Bewertung die tatsächlichen Veränderungen, namentlich die besonderen Gefährdungen, die mit der Entwicklung und Konsolidierung einer „Informations-“ bzw. „Risikogesellschaft“ verbunden sind.

IV. „Internet-Devianz“

In besonderer Weise offenbar werden die Gefährdungen durch neuartige Informations- und Kommunikationstechnik in der „Informationsgesellschaft“ am Beispiel der sog. „Internet-Devianz“, des Missbrauchs des Internets und seiner Dienste für kriminelle Zwecke.¹³⁶

Dabei sind unterschiedliche Formen der Internetkriminalität¹³⁷ typisiert worden. So differenziert etwa *Gregor Walter* zum einen nach der Motivation der Täter zwischen ökonomischen und nicht-ökonomischen Zielen, zum anderen nach der Rolle des Internets als Medium bzw. als Zentrum oder Ziel der kriminellen Betätigung.¹³⁸ So kann das Internet als Medium für „traditionelle“, wirtschaftlich motivierte Kriminalität dienen, aber auch für inhaltsbezogene Rechtsverletzungen genutzt werden – beispielhaft genannt seien die Einstellung bzw. der Abruf strafbarer Inhalte¹³⁹ (wie beispielsweise kinderpornographischer

¹³⁶ S. S. *Beukelmann*, NJW-Spezial 2004 Heft 3, 104 ff.; *M. Gercke*, MMR 2008, 291 ff.; *M. Germann*, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, 2000, insb. S. 183 ff.; *D. Jansen*, Die Regulierung abweichenden Verhaltens im Internet. Eine Untersuchung verschiedener Regulierungsansätze unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Rechtsordnung, 2003; *R. Jofe*, Strafverfolgung im Internet. Phänomenologie und Bekämpfung kriminellen Verhaltens in internationalen Computernetzen, 1999; vgl. auch die Studie von *H. Gapski/A. Schneider/T. Tekster*, Internet-Devianz. Strukturierung des Themenfeldes „Abweichendes Verhalten“ im Kontext der Internet-Nutzung, 2009; sowie die Beiträge in *Stiftung Deutsches Forum für Gewaltprävention* (Hrsg.), Internet-Devianz, 2006; *Bundeskriminalamt* (Hrsg.), Tatort Internet. Eine globale Herausforderung für die innere Sicherheit, Vorträge zur Herbsttagung des Bundeskriminalamtes vom 20.-22. November 2007, 2008. – Zur grenzüberschreitenden Strafverfolgung *I. E. Vassilaki*, CR 1999, 574 ff.; zur Zurückhaltung bei der strafrechtlichen Verfolgung der Internetdelinquenz mahnt *M. Heinrich*, NSTz 2005, 361 ff.

¹³⁷ Allgemein zur Computerkriminalität *U. Sieber*, CR 1995, 100 ff.

¹³⁸ *G. Walter*, Internetkriminalität, 2008, S. 12 ff.

¹³⁹ *M. Germann*, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, 2000, S. 183 ff.

Bilder und Videos oder rechtsextremistischer Propaganda), das Angebot strafbarer Dienste (wie z.B. verbotenen Glücksspiels im Internet¹⁴⁰) oder auch die rechtswidrige Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte.¹⁴¹ Bei der Internetkriminalität im engeren Sinne richten sich (wirtschaftlich motivierte) Straftaten unmittelbar gegen bzw. auf das Internet und seine Komponenten bzw. gegen die Nutzer, ihre Computer und Daten (z.B. durch die Verwendung von „spyware“, die Einschleusung sog. „malware“¹⁴² oder den Einsatz von Programmen zu Zwecken des „phishing“¹⁴³). Die vierte Gruppe umfasst den sog. „Cyberterrorismus“; darunter lassen sich sämtliche terroristische Aktivitäten verstehen, die gegen die – in besonderer Weise „verletzliche“ – Informationsinfrastruktur gerichtet sind.¹⁴⁴

Das kriminelle Nutzungspotenzial des Internets stellt dabei die Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden vor besondere Herausforderungen. Allein die Diskussion um die Zuständigkeit deutscher Dienststellen für die Ahndung von Straftaten, die von Personen außerhalb des Staatsgebiets über das Internet begangen werden,¹⁴⁵ verdeutlicht die Vielfalt an Problemen der rechtlichen Regulierung, des Normvollzugs und der internationalen Kooperation.

B. „Internationaler Terrorismus“

Thematisch unmittelbar mit der „Risikogesellschaft“ verbunden sind die durch den „internationalen Terrorismus“ drohenden Gefahren. Diese sind namentlich angesichts der Terroranschläge in den Vereinigten Staaten von Amerika am 11. September 2001 verstärkt in das Bewusstsein der Öffentlichkeit gedrungen und haben insbesondere auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum besondere

¹⁴⁰ S. dazu etwa *B. Berberich*, Das Internet-Glücksspiel. Ein Beitrag zur systematischen Fortentwicklung des deutschen Glücksspielrechts, 2004; *J. Dietlein*, *GewArch.* 2005, 89 ff.; *ders./W. Woesler*, *K&R* 2003, 458 ff.

¹⁴¹ Aus dem umfangreichen Schrifttum aus urheberrechtlicher Sicht vgl. etwa *K. Bäcker*, Die Rechtsstellung der Leistungsschutzberechtigten im digitalen Zeitalter am Beispiel der Auswertung von Tonaufnahmen im Internet aus der Sicht der Tonträgerhersteller, 2005; *T. Evert*, Anwendbares Urheberrecht im Internet. Deutsches internationales Urheberrecht und Leistungsschutzrecht unter Bezug auf die Musikwirtschaft: Welches nationale materielle Recht entscheidet über urheberrechtliche und leistungsschutzrechtliche Sachverhalte im internationalen Medium Internet?, 2005.

¹⁴² Dabei handelt es sich um schädliche Programme, meist Computer-„Viren“; vgl. *G. Walter*, *Internetkriminalität*, 2008, S. 20.

¹⁴³ Damit werden Aktivitäten bezeichnet, die dem Ausspähen und/oder dem Missbrauch vertraulicher Daten dienen, namentlich im Zusammenhang mit „e-Commerce“ und „Online-Banking“; s. *G. Walter*, *Internetkriminalität*, 1998, S. 19.

¹⁴⁴ *G. Walter*, *Internetkriminalität*, 2008, S. 22 ff.

¹⁴⁵ Vgl. etwa *M. Germann*, *Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet*, 2000, S. 229 ff. m. w. N.

Beachtung gefunden.¹⁴⁶ Für den Kontext dieser Untersuchung spielt der Terrorismus deshalb eine zentrale Rolle, weil sein verändertes Gesicht zu einer Ausweitung gefahrenabwehrrechtlicher Normen namentlich im Hinblick auf sog. „Informationseingriffe“ zur Erlangung sicherheitsrelevanter Informationen¹⁴⁷ und zu einer weiteren Verselbstständigung der Informationsvorsorge¹⁴⁸ geführt hat und die Bekämpfung des internationalen Terrorismus zugleich die intensive Einbindung deutscher Sicherheitsakteure in internationale Einrichtungen und Verbände erfordert.

I. Begriff des „Terrorismus“

Der Begriff des „Terrorismus“ bedarf einer näheren Bestimmung,¹⁴⁹ zumal verschiedene gesetzliche Vorschriften auf ihn Bezug nehmen, etwa § 4 a BKAG

¹⁴⁶ C. Mager, Terrorismusbekämpfung zwischen Freiheit und Sicherheit, 2005; S. N. Pieper, Völkerrechtliche Aspekte der internationalen Terrorismusbekämpfung, 2004; W. Schwetzel, Freiheit, Sicherheit, Terror. Das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit nach dem 11. September 2001 auf verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Ebene, 2007; C. Wandscher, Internationaler Terrorismus und Selbstverteidigungsrecht, 2006; D. Wiefelspütz, Die Abwehr terroristischer Anschläge und das Grundgesetz. Polizei und Streitkräfte im Spannungsfeld neuer Herausforderungen, 2007; s. ferner W. Achelpöbler/H. Niehaus, DÖV 2003, 49 ff.; G. Beestermöller, Sicherheit und Frieden 2005, 32 ff.; D. Blumenwitz, ZRP 2002, 102 ff.; T. Bruha, in: H.-J. Koch (Hrsg.), Terrorismus. Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit, 2002, S. 51 ff.; H.-G. Dederer, JZ 2004, 421 ff.; die Beiträge in D. Fleck (Hrsg.), Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte, 2004; G. Frankenberger, KritJ 2005, S. 370 ff.; J. A. Frowein, ZäöRV Bd. 62 (2002), S. 879 ff.; W. Hoffmann-Riem, ZRP 2002, 497 ff.; S. Huster/K. Rudolph, in: dies. (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, 2008, S. 9 ff.; M. Krajewski, KritJ 2001, S. 363 ff.; ders., AVR Bd. 40 (2002), S. 183 ff.; M. Kötter, Pfade des Sicherheitsrechts, 2008, S. 281 ff.; C. Lutze, NZWehrR 2003, 101 ff.; M. Ruffert, ZRP 2002, 247 ff.; C. Tomuschat, EuGRZ 2001, 535 ff.; R. Voigt, in: M. H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, 2009, S. 27 (29 f.); s. auch G. Beestermöller, Herder Korrespondenz 2007, 335 ff.; zum Wandel der Sicherheitsarchitektur H.-J. Lange, in: S. Huster/K. Rudolph (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, 2008, S. 64 ff.; vgl. auch die Beiträge in M. Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, 2003.

¹⁴⁷ Eingehend J. Saurer, NVwZ 2005, 275 ff.

¹⁴⁸ H.-D. Horn, in: Festschrift f. W. Schmitt Glaeser, 2003, S. 435 ff.

¹⁴⁹ S. eingehend V. Götz, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 85 Rdnr. 12; T. O. Keber, Der Begriff des Terrorismus im Völkerrecht, 2009; C. Mager, Terrorismusbekämpfung zwischen Freiheit und Sicherheit, 2005, S. 17 ff.; C. Matiss, Terrorismusbekämpfung und menschenrechtlicher Eigentumsschutz, 2009, S. 39 ff.; K. Schmalenbach, NZWehrR 1999, 15 ff.; U. Schneekener, Transnationaler Terrorismus. Charakter und Hintergründe des „neuen“ Terrorismus, 2006, S. 21; ders., in: S. Huster/K. Rudolph (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, 2008, S. 25 (26 ff.); W. Schwetzel, Freiheit, Sicherheit, Terror, 2007, S. 159 ff.; C. Tomuschat, EuGRZ 2001, 535 (536 ff.); R. Walthert, in: W. Kraushaar (Hrsg.), Die RAF und der linke Terrorismus, Bd. 1, 2006, S. 64 ff.; ferner M. Barlai/F. Hartleb, in: M. H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, 2009, S. 227 f. mit Typisierungen; G. Roellecke, JZ 2006, 265 (267 f.); C. Tomuschat, DÖV 2006, 357 (360 f.); zur Unschärfe des Begriffs s.

(„Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus“). Eine Definition erweist sich indes als Herausforderung, denn der Terrorismus gilt als „unscharf definierte[s] und in der Sache diffuse[s] Phänomen“.¹⁵⁰ Sein sprachlicher Ursprung wird – wenngleich das Phänomen „Terrorismus“ bis in die Anfänge staatlicher Strukturen nachweisbar ist¹⁵¹ – häufig im *régime de la terreur* der Französischen Revolution, namentlich der Jahre 1793 und 1794 gesehen, wobei der *terreur* zu dieser Zeit (zunächst auch) positive Konnotationen zu Eigen waren. Denn dieser „Terror“ diente der Durchsetzung und Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und war ein durchaus planmäßiges und zielorientiertes Instrument des neu errichteten revolutionären Staates, nicht hingegen Mittel zum Kampf gegen den Staat.¹⁵² Er „ist nur zu verstehen als Antwort auf innere und äußere Bedrohung der Revolution. Es war eine schreckliche Antwort“.¹⁵³

Im geschichtlichen Kontext gewann der Begriff des „Terrors“ dann zunehmend den Charakter einer (staatlichen) Schreckensherrschaft mit unklaren Legitimationsgründen; man spricht beispielsweise vom „Nazi-Terror“ oder vom Terror *Josef Stalins*. Erst mit dem Aufkommen gewaltbereit gegen den jeweiligen Staat bzw. Machthaber agierender Gruppierungen in den 1960er und 1970er Jahren bildete sich nach und nach das heutige Begriffsverständnis heraus. „Terror“ diente fortan insbesondere separatistischen, exilierten, radikalen und ideologiegeleiteten Gruppen als Mittel zur gewaltsamen Verfolgung ihrer Ziele und zur Fokussierung der öffentlichen Aufmerksamkeit auf ihre Situation und ihre Interessen.

Der Begriff des „Terrorismus“ verlor jedoch auch in der Folgezeit weiter an Kontur.¹⁵⁴ Eine konsensfähige, einheitliche Definition existiert daher nicht, obwohl zahlreiche internationale Regelwerke unmittelbar auf den Begriff des „Terrorismus“ Bezug nehmen und diesen zum Teil auch zu definieren versuchen. Schon die (niemals angenommene) *Genfer Konvention zur Verhütung*

auch A. Helmerich, in: dies./E. Bos (Hrsg.), *Neue Bedrohung Terrorismus*. Der 11. September 2001 und die Folgen, 2003, S. 13 ff.

¹⁵⁰ R. Poscher, Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf zur Änderung des Grundgesetzes (BT-Drucksache 15/4832), S. 6; s. aber auch C.J. Tams, DÖV 2007, 367 (372 f.); zu verschiedenen Definitionsversuchen vgl. den Überblick bei C. Walter, in: ders./S. Vöneky/V. Röben/F. Schorkopf (Hrsg.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, 2004, S. 23 ff.

¹⁵¹ Eingehend P. Bobbitt, *Terror and Consent. The Wars for the Twenty-First Century*, 2008, S. 24 ff.

¹⁵² B. Hoffman, *Terrorismus. Der unerklärte Krieg*, 3. Aufl. 2002, S. 16; E. Schulin, *Die Französische Revolution*, 4. Aufl. 2004, S. 222 ff.; sowie anschaulich, aber geschichtswissenschaftlich jedenfalls teilweise überholt T. Carlyle, *Die Französische Revolution*, Bd. 2, 14. Aufl. 1927, S. 291 ff. (engl. „The French Revolution. A History“, 1837).

¹⁵³ E. Schulin, *Die Französische Revolution*, 4. Aufl. 2004, S. 222. – Im September 1793 forderte die Bevölkerung nach Hungerrevolten sogar vom Konvent: „Gesetzgeber! Setzt den Terror auf die Tagesordnung!“, a.a.O., S. 223.

¹⁵⁴ B. Hoffman, *Terrorismus. Der unerklärte Krieg*, 3. Aufl. 2002, S. 31 f.

und Bekämpfung des Terrorismus vom 16. November 1937 hat den Terrorismus als „kriminelle Taten“ definiert,

„die gegen einen Staat gerichtet sind und das Ziel verfolgen, bestimmte Personen, eine Gruppe von Menschen oder die Allgemeinheit in einen Zustand der Angst zu versetzen.“

Das *Internationale Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus* vom 9. Dezember 1999¹⁵⁵ enthält in Art.2 Abs.1 folgende Vorschrift:

„Eine Straftat im Sinne dieses Übereinkommens begeht, wer, mit welchen Mitteln auch immer, unmittelbar oder mittelbar, widerrechtlich und vorsätzlich finanzielle Mittel zur Verfügung stellt oder sammelt in der Absicht oder im Wissen, dass sie ganz oder teilweise verwendet werden sollen, um (...)

b) eine andere Handlung zu begehen, die den Tod oder eine schwere Körperverletzung einer Zivilperson oder einer anderen Person, die in einem bewaffneten Konflikt nicht aktiv an den Feindseligkeiten teilnimmt, herbeiführen soll, wenn diese Handlung aufgrund ihres Wesens oder der Umstände darauf abzielt, eine Bevölkerungsgruppe einzuschüchtern oder eine Regierung oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen zu nötigen.“

Art.1 der *EU Council Framework Decision on Combating Terrorism* vom 13. Juni 2002¹⁵⁶ stellt in „dreifacher Intensitätsrhetorik“¹⁵⁷ darauf ab, ob (1.) ein erheblicher Schaden für ein Land oder eine internationale Organisation droht („*seriously damage a country or international organisation*“), und ob die fraglichen Taten darauf abzielen, dass (2.) eine Bevölkerung erheblich eingeschüchtert oder eine Regierung oder internationale Organisation in unzulässiger Weise genötigt wird („*seriously intimidating a population; or unduly compelling a Government or international organisation to perform or abstain from performing any act*“) oder (3.) die fundamentalen politischen, verfassungsmäßigen, wirtschaftlichen oder sozialen Strukturen erheblich destabilisiert oder zerstört werden („*seriously destabilising or destroying the fundamental political, constitutional, economic or social structures of a country or an international organisation*“):

¹⁵⁵ *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, A/RES/54/109; zur Bekämpfung des Terrorismus mit Mitteln der Finanzmarktaufsicht C. Obler, Die Verwaltung Bd.41 (2008), S.405ff.; eingehend zur Problematik S. Warius, Das Hawala-Finanzsystem in Deutschland – ein Fall für die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung?, 2009.

¹⁵⁶ 2002/475/JHA; Official Journal of the European Communities, L 164/3. – Zur Terrorismusbekämpfung auf europäischer Ebene allgemein S. Weber, Europäische Terrorismusbekämpfung. Das Strafrecht als Integrationsdimension der Europäischen Union, 2008; s. auch C. Gusy, GA 2005, 215ff.; ferner K. T. Barisch, Die Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch § 129b StGB, 2009.

¹⁵⁷ O. W. Lembcke/B. M. J. Van Klink/F. Weber, in: M.H.W. Möllers/R.C. v. Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, 2009, S. 37 (38).

„Jeder Mitgliedstaat trifft die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften als Straftaten definierten vorsätzlichen Handlungen, die durch die Art ihrer Begehung oder den jeweiligen Kontext ein Land oder eine internationale Organisation ernsthaft schädigen können, als terroristische Straftaten eingestuft werden, wenn sie mit dem Ziel begangen werden, die Bevölkerung auf schwerwiegende Weise einzuschüchtern oder öffentliche Stellen oder eine internationale Organisation rechtswidrig zu einem Tun oder Unterlassen zu zwingen oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Landes oder einer internationalen Organisation ernsthaft zu destabilisieren oder zu zerstören.“

§ 129 a Abs. 2 StGB, der die Bildung einer terroristischen Vereinigung unter Strafe stellt, hat die Konzeption dieser normativen Definitionsbemühungen weitestgehend übernommen.¹⁵⁸

Wesentliche, den Begriff des Terrorismus konstituierende Kriterien sind unter Zugrundelegung der dargestellten normativen Rahmenbedingungen jedenfalls der gesetzwidrige, erfolgte bzw. angedrohte Gebrauch von Zwang oder Gewalt¹⁵⁹ gegen (Zivil-)Personen oder fremdes Eigentum zur Verfolgung bestimmter (politischer, ideologischer oder religiöser) Ziele. Keinen Zweifeln kann unterliegen, dass der Begriff etwa auch die terroristisch agierenden islamischen Fundamentalisten der Gruppe „Al Qaida“¹⁶⁰ und ihre Verbündeten erfasst.¹⁶¹ In diesem Kontext gewinnt er freilich auch sicherheitsrechtlich eine andere Dimension.

¹⁵⁸ Zu § 129 a StGB und seinem Verständnis des Terrorismus als „Organisationsdelikt“ vgl. C. Ohler, Die Verwaltung Bd. 41 (2008), S. 405 (409ff.).

¹⁵⁹ M. Barlai/F. Hartleb, in: M. H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, 2009, S. 227: „Gewalt firmiert als Grundelement jeder Art von Terror“. – Vgl. auch P. Bourdieu/J.-C. Passeron, Grundlagen einer Theorie der symbolischen Gewalt, 1973: „symbolische Gewalt“.

¹⁶⁰ Eingehend L. Berger, Die USA und der islamistische Terrorismus. Herausforderungen im Nahen und Mittleren Osten, 2007. – Zur Entstehungsgeschichte der Al Qaida vgl. P. L. Bergen, Heiliger Krieg, Inc.: Osama Bin Ladens Terrornetzwerk, 2001; zu einem Vergleich mit der RAF M. Barlai/F. Hartleb, in: M. H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, 2009, S. 227 ff.; s. auch P. Waldmann, in: Bundeskriminalamt (Hrsg.), Netzwerke des Terrors – Netzwerke gegen den Terror, 2005, S. 31 (40f.). – Eine Typologie islamistischer Bestrebungen findet sich bei H. Hansen, in: M. H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, 2009, S. 295 ff.

¹⁶¹ S. schon die Einschätzung in Bundeskriminalamt (Hrsg.), Islamistischer Terrorismus. Eine Herausforderung an die Internationale Staatengemeinschaft, 2002; ferner H. Frank/K. Hirschmann (Hrsg.), Die weltweite Gefahr: Terrorismus als internationale Herausforderung, 2002. – Vgl. aber auch die kritischen, jedenfalls teilweise abseitigen Verschwörungstheorien anhängenden Stellungnahmen über die Überschätzung des islamistischen Terrorismus und der Beteiligung US-amerikanischer Regierungsstellen an den Anschlägen des 11. September 2001; seriöser immerhin M. Bröckers/A. Hauß, Fakten, Fälschungen und die unterdrückten Beweise des 11.9., 7. Aufl. 2003.

II. Besonderes Bedrohungspotenzial des „Internationalen Terrorismus“

Die gesteigerte Gefährlichkeit dieser „neuen Generation“ von Terroristen liegt – etwa im Vergleich mit terroristischen Akten der „Rote Armee Fraktion“ (RAF),¹⁶² der „Euskadi Ta Askatasuna“ (ETA) und der „Roten Brigaden“ – zunächst darin, dass die potenziellen Täter häufig dazu bereit sind, im Verlauf des Anschlags ihr Leben zu lassen; das Individuum hat „jedenfalls unterhalb der Führungsebene und im Diesseits“ keine Bedeutung.¹⁶³ Die Suizidbereitschaft insbesondere religiös motivierter Terroristen verhindert eine realistische und verlässliche Einschätzung des Bedrohungspotenzials,¹⁶⁴ zudem versagen bei der rechtlichen Bewältigung die „tradierten Grundsätze des mildesten Mittel und der Angemessenheit“.¹⁶⁵ *Josef Isensee* hat betont, der seit *Thomas Hobbes* teleologisch in erster Linie auf die Todesfurcht gegründete moderne Rechtsstaat werde in seiner „Konstruktionslogik“ durch potenzielle terroristische Selbstmordattentäter unterlaufen.¹⁶⁶ Selbst wenn „*ex ante*“ jedenfalls bekannt ist, dass „etwas passieren“ könne und wer möglicher Täter sein könnte, sind die „realen Akteure“ oftmals unbekannt.¹⁶⁷ Auch die offenkundige Einbindung in transnational agierende Gruppierungen und Netzwerke, mithin die „Internationalisierung“ des Terrorismus¹⁶⁸ mit auch „technischer“ Netzbildung¹⁶⁹ führt zu einer gewandelten Gestalt terroristischer Aktivitäten, die schon vor den Anschlügen auf das *World Trade Center* und das *Pentagon* im September 2001 zumindest in Ansätzen zu Tage getreten ist. Zu erwähnen sind der Anschlag auf das *World Trade Center* im Februar 1993, die Giftgasanschläge auf U-Bahn-Stationen in Tokio (März 1995) sowie der Bombenanschlag auf das *Alfred P.*

¹⁶² Dazu *M. Barlai/F. Hartleb*, in: M. H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen (Hrsg.), *Jahrbuch Öffentliche Sicherheit* 2008/2009, 2009, S. 227 (228 ff.).

¹⁶³ *U. Palm*, AöR Bd. 132 (2007), S. 95; vgl. *U. Di Fabio*, *Die Kultur der Freiheit*, 2005, S. 18 ff.; *S. Malthaner*, in: P. Waldmann (Hrsg.), *Determinanten des Terrorismus*, 2005, S. 85 (106 ff.); zum Bedrohungspotenzial ferner *M. Kötter*, *Pfade des Sicherheitsrechts*, 2008, S. 281 ff.

¹⁶⁴ Vgl. den Bericht von *C. Nowak*, DVBl. 2003, 108 ff., über ein Symposium zum Thema „Terrorismus“ vom 31. Mai 2002, insbesondere zum Eröffnungsvortrag von *D. S. Lutz* (S. 108 f.); zu psychologischen Aspekten der Suizidbereitschaft s. *C. Büttner*, *Politische Studien*, Heft 386, 2002, S. 33 ff.

¹⁶⁵ *C. Gusy*, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 151 (178); kritisch gegenüber einem diese Prinzipien teilweise ablösenden „Präventionsstaat“ *E. Denninger*, *KritJ* 2002, S. 467 (471 ff.).

¹⁶⁶ *J. Isensee*, in: ders. (Hrsg.), *Der Terror, der Staat und das Recht*, 2004, S. 83 (102 f.).

¹⁶⁷ *C. Gusy*, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 151 (158).

¹⁶⁸ Eingehend *B. Hoffman*, *Terrorismus. Der unerklärte Krieg*, 3. Aufl. 2002, S. 85 ff.; zur „*New Masque of Terrorism*“ s. auch *P. Bobbitt*, *Terror and Consent*, 2008, S. 23 ff.

¹⁶⁹ *C. Gusy*, VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 151 (158); zur Organisation des Terrorismus s. auch *P. Waldmann*, in: *Bundeskriminalamt (Hrsg.), Netzwerke des Terrors – Netzwerke gegen den Terror*, 2005, S. 31 (41 ff.).

Murrah Federal Building in Oklahoma City (April 1995).¹⁷⁰ Die vormalige regionale Begrenzung von Terrorgruppen weicht einer internationalen Planung und Durchführung. Die „Drahtzieher“ und „Hintermänner“ sind zum einen schwer auszumachen, zum anderen halten sie sich oftmals in unzugänglichen Gebieten auf und sind daher kaum zu fassen.¹⁷¹

Im Zusammenhang mit der „Renaissance des religiösen Terrorismus“¹⁷² ist ferner eine deutlich gesteigerte, in engem Zusammenhang mit der Gehorsamsbereitschaft gegenüber den Führungspersonen stehende Skrupellosigkeit¹⁷³ festzustellen: Täter, die selbst vor einer gezielten Massenvernichtung durch Sprengkörper oder biologische Waffen wie etwa dem Anthrax-Erreger nicht Halt machen und, wie nach aktuellen Einschätzungen nicht auszuschließen ist, sogar vor dem Einsatz von Nuklearwaffen nicht zurückschrecken würden, stellen eine erhebliche Bedrohung für die innere Sicherheit dar. Wird der terroristische Akt als „sakraler“ oder „sakramentaler“ Akt verstanden, der möglicherweise sogar von der jeweils verehrten Gottheit gefordert wird und im Kontext „paradiesischer Endzeitphantasien“¹⁷⁴ mit der Aussicht auf jenseitige Vergünstigungen verbunden ist, so dass sich die Akteure als „Werkzeuge“ höherer Ziele betrachten,¹⁷⁵ entgrenzt dies den Täter und löst ihn aus jeder rechtlichen oder Gewissensbindung. Auf diesen Eigenschaften beruht die Qualifizierung terroristischer Akte als „asymmetrische“ Verhaltensweisen bzw. als „asymmetrische Kriegsführung“ – die Begriffe bezeichnen die Verwendung nicht (im Sinne der „klassischen“ Kriegsführung) konventioneller Mittel zum Angriff auf einen mächtigeren konventionellen Gegner.¹⁷⁶

Häufig beabsichtigen terroristische Gruppierungen auch nicht lediglich die Zerstörung einzelner besonders exponierter ziviler oder militärischer Ziele. Die Gruppe um *Osama Bin Laden* hat sich etwa die möglichst umfassende Verbreitung der eigenen politisch-religiösen Ideologie zum Ziel gesetzt; angestrebt

¹⁷⁰ Zu weiteren Anschlägen s. eingehend *B. Hoffman*, Terrorismus. Der unerklärte Krieg, 3. Aufl. 2002, S. 119ff.

¹⁷¹ Vgl. dazu eingehend *O. W. Lembcke/B. M. J. Van Klink/F. Weber*, in: M. H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, 2009, S. 37 (45 mit Fn. 48).

¹⁷² *B. Hoffman*, Terrorismus. Der unerklärte Krieg, 3. Aufl. 2002, S. 117.

¹⁷³ Zur „Hemmschwelle“ eingehend *P. Waldmann*, Terrorismus. Provokation der Macht, 2. Aufl. 2005, S. 156; *C. Büttner*, Politische Studien, Heft 386, 2002, S. 22, 24.

¹⁷⁴ Dazu *C. Büttner*, Politische Studien, Heft 386, 2002, S. 36f.

¹⁷⁵ Zu diesem sog. „Tool-Ansatz“ als psychologisches Erklärungsmuster für terroristische Akte *M. Barlai/F. Hartleb*, in: M. H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, 2009, S. 227 (233f.).

¹⁷⁶ *S. P. Bobbitt*, Terror and Consent, 2008, S. 24; *M. v. Creveld*, Die Zukunft des Krieges. Wie wird Krieg geführt und warum, 3. Aufl. 2004; *K.-A. Hermekamp*, in: v. Münch/Kunig, GG-Komm., Bd. 3, 5. Aufl. 2003, Art. 87a Rdnr. 4; *H. Münkler*, Die neuen Kriege, 2002; ferner *T. V. Paul*, Asymmetric Conflicts: War Initiation by Weaker Powers, 1994; *J. Schröfl/T. Pankratz*, Einleitung, in: dies. (Hrsg.), Asymmetrische Kriegsführung – ein neues Phänomen der Internationalen Politik?, 2004, S. 9ff.

werden die Zerstörung des „modernen, säkularen, demokratisch globalen Kapitalismus, der durch die Vereinigten Staaten verkörpert wird“, und seine Ersetzung durch eine „fast mittelalterliche, vorkapitalistische, theokratisch geführte Gesellschaft“.¹⁷⁷

Als Terroristen agieren dabei nicht lediglich einzelne „irregeleitete Wirrköpfe, die sinnlose Verbrechen verüben“,¹⁷⁸ sondern häufig Angehörige terroristischer Netzwerke mit teilweise hohem Organisationsgrad¹⁷⁹ und diversifizierten Finanzquellen.¹⁸⁰ Der neue Terrorismus „haust nicht mehr in Höhlen, sondern im virtuellen Raum“.¹⁸¹ Zudem handeln die Täter „rational“, indem sie ihre Verbrechen mit höheren Zielen rechtfertigen und vorgeben, im Namen der Gerechtigkeit oder auf der Grundlage einer Ideologie oder Religion zu agieren.¹⁸² Zahlreiche islamistische Terroristen entstammen dabei nicht den armen oder entrechteten Bevölkerungsschichten, sondern wohlhabenden Familien, und haben eine Erziehung und Ausbildung in westlichen Bildungseinrichtungen genossen.¹⁸³ Auch Konvertiten aus europäischen Ländern, in jüngerer Zeit etwa vermehrt die Witwen radikalislamistischer „Gotteskrieger“, werden unterstützend tätig und rufen zu Gewalttaten auf. Aus diesen Gründen griffe eine Kritik an gesetzlichen Regelungen zur Terrorismusbekämpfung zu kurz, die sich ausschließlich darauf beriefe, Maßnahmen zur Vermeidung von Terrorismus müssten in erster Linie die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse in den Herkunftsländern der Terroristen verbessern. Immerhin aber verstehen sich diese oftmals als Elite, die im Namen tatsächlich oder vermeintlich benachteiligter Gruppen auf deren Situation aufmerksam machen möchte.¹⁸⁴ Terroristische Akte erweisen sich vor diesem Hintergrund als Resultat „historisch-politischer Prozesse“, als Ausdruck einer „als unerträglich empfundenen Ohnmacht auf Grund von tatsächlicher oder vermeintlich erfahrener Gewalt“, als Reaktion auf die als Bedrohung und Demütigung¹⁸⁵ wahrgenommene Domi-

¹⁷⁷ G. Bierbrauer, Politische Studien, Heft 386, 2002, S. 62.

¹⁷⁸ Zur Persönlichkeitsstruktur islamistischer Terroristen vgl. G. Bierbrauer, Politische Studien, Heft 386, 2002, S. 61 ff.; zur Unklarheit des Täterprofils U. Schneckener, in: S. Huster/K. Rudolph (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, 2008, S. 25 (34 ff.); ähnlich R. Stegner, ebd., S. 151 (156 f.).

¹⁷⁹ Zur Bedeutung der „Gruppe“ eingehend C. Büttner, Politische Studien, Heft 386, 2002, S. 27 ff.; zur Organisation P. Waldmann, in: Bundeskriminalamt (Hrsg.), Netzwerke des Terrors – Netzwerke gegen den Terror, 2005, S. 31 (41 ff.).

¹⁸⁰ Dazu U. Schneckener, in: S. Huster/K. Rudolph (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, 2008, S. 25 (31).

¹⁸¹ Y. Musharbash, Internationale Politik Bd. 60 (2005), Heft 11, S. 22 ff.

¹⁸² G. Bierbrauer, Politische Studien, Heft 386, 2002, S. 61; zur Ideologie des Terrorismus P. Waldmann, in: Bundeskriminalamt (Hrsg.), Netzwerke des Terrors – Netzwerke gegen den Terror, 2005, S. 31 (32 ff.).

¹⁸³ G. Bierbrauer, Politische Studien, Heft 386, 2002, S. 61; C. Büttner, Politische Studien, Heft 386, 2002, S. 23.

¹⁸⁴ G. Bierbrauer, Politische Studien, Heft 386, 2002, S. 61.

¹⁸⁵ Zu diesem Aspekt eingehend G. Brockhaus, Politische Studien, Heft 386, 2002, S. 56 ff.

nanz der westlichen Staaten und als Folge wirtschaftlicher Ausbeutung der Länder der „Dritten Welt“.¹⁸⁶ Darüber hinaus bestehen in vielen islamischen Ländern Schwierigkeiten bei der Etablierung einer befriedenden und zur Errichtung einer Zivilgesellschaft beitragenden nationalen Identität, da sie „Produkte von nachkolonialen Grenzziehungen“ sind.¹⁸⁷ Insgesamt sehen große Bevölkerungsanteile in den islamischen Ländern ihre religiös-kulturelle Identität gefährdet.¹⁸⁸ *Samuel P. Huntington* hat in seinem Werk „Kampf der Kulturen“¹⁸⁹ unter anderem das besondere Konfliktpotenzial an der „kulturellen Nahtstelle zwischen Orient und Okzident“¹⁹⁰ betont. Schließlich wird der islamistische Terrorismus noch dadurch gefördert, dass die ausgeführten Anschläge eine gewisse Medienwirksamkeit erlangen;¹⁹¹ die Publizität „nährt“ gleichsam das Bedürfnis nach weiteren Anschlägen, auch weil sie die im kulturellen, politischen und wirtschaftlichen Sektor entstehenden Deprivationserfahrungen, die „anthropologische Wunde“ im Kollektivgedächtnis vieler Muslime (*George Tarabishi*) teilweise kompensiert.

Ein weiteres Merkmal des internationalen Terrorismus und ebenfalls ein Grund für sein besonderes Bedrohungspotenzial ist seine „Transnationalität“, die „Ubiquität der Opferziele“.¹⁹² Es agiert nicht ein typischer „Außenfeind“, der noch eine „Front“ oder eine besonders gesicherte „Demarkationslinie“ zu überwinden hätte;¹⁹³ vielmehr werden Gewalt und Terror auch in das eigene Land getragen. Obwohl es den Terroristen wegen der erhöhten Sicherheitsmaßnahmen zunehmend erschwert wird, etwa in westeuropäischen Ländern Anschläge zu verüben, und sich diese daher vermehrt gegen westliche Einrichtungen in islamischen Ländern richten wie etwa im August 2003 und im Juli 2009 gegen Hotels in Jakarta, stellt die Bewältigung der „Immanenz des Terrors“ (*Hans Magnus Enzensberger*)¹⁹⁴ besondere Herausforderungen an die gegenwärtige und künftige Sicherheitsarchitektur. Völlig „sichere“ Länder oder Gebiete gibt es nicht; die Bedrohung richtet sich längst nicht mehr nur gegen die

¹⁸⁶ *G. Bierbrauer*, Politische Studien, Heft 386, 2002, S. 62.

¹⁸⁷ *G. Bierbrauer*, Politische Studien, Heft 386, 2002, S. 63.

¹⁸⁸ *G. Bierbrauer*, Politische Studien, Heft 386, 2002, S. 63.

¹⁸⁹ *S. P. Huntington*, *Der Kampf der Kulturen. Die Neugestaltung der Weltpolitik im 21. Jahrhundert*, 1996; dazu *H.-P. Müller*, in: F. Anders/I. Gilcher-Holtey (Hrsg.), *Herausforderungen des staatlichen Gewaltmonopols. Recht und politisch motivierte Gewalt am Ende des 20. Jahrhunderts*, 2006, S. 112 ff.

¹⁹⁰ *G. Bierbrauer*, Politische Studien, Heft 386, 2002, S. 63 f.

¹⁹¹ Zur Wirkung der Anschläge des 11. September 2001 in den Medien s. *G. Brockhaus*, Politische Studien, Heft 386, 2002, S. 43.

¹⁹² *W. Kraushaar*, in: ders. (Hrsg.), *Die RAF und der linke Terrorismus*, Bd. 1, 2006, S. 13 (15); *R. Voigt*, in: M. H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen (Hrsg.), *Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009*, 2009, S. 27 (31).

¹⁹³ Vgl. *J. Baudrillard*, Interview, in: *Der Spiegel* 3/2002.

¹⁹⁴ *S. H. M. Enzensberger*, *Die Wiederkehr des Menschenopfers*, in: *FAZ* v. 18. 9. 2001; *G. Brockhaus*, Politische Studien, Heft 386, 2002, S. 52 f.

Vereinigten Staaten von Amerika. Auch in Europa haben in der jüngeren Vergangenheit zahlreiche Anschläge stattgefunden: In Madrid wurden am 11. März 2004 bei einem terroristischen Anschlag auf einen Zug 192 Menschen getötet und 1.741 Menschen verletzt. Die Hauptverdächtigen werden der „Marokkanischen Islamischen Kampfgruppe“ zugeordnet, die auch als für die Attentate von Casablanca im Jahr 2003 mutmaßlich verantwortlich gilt. Vier muslimische Attentäter verübten am 7. Juli 2005 in London Anschläge auf drei U-Bahn-Züge und einen Bus; dabei starben 52 Menschen, 700 wurden teilweise schwer verletzt. Die britische Polizei reagierte mit massiven Anti-Terror-Einsätzen, in deren Verlauf am 22. Juli 2005 ein junger Brasilianer in einem Londoner U-Bahnhof versehentlich erschossen wurde. Im August 2006 wurden Anschlagpläne auf den britisch-amerikanischen Luftverkehr vereitelt und 23 britische Muslime verhaftet. Am 29. und 30. Juni 2007 konnten Anschläge auf den Flughafen Glasgow verhindert werden. In Deutschland wurden am 31. Juli 2006 in Regionalzügen in Dortmund und Koblenz Kofferbomben gefunden. Diese beispielhafte und unvollständige Aufzählung verdeutlicht, wie nahe die terroristische Bedrohung inzwischen gerückt ist.

Nach alledem kann auch das Bedrohungspotenzial in Deutschland keineswegs als lediglich geringfügig betrachtet werden.¹⁹⁵ Die Gefahren des Terrorismus gelten dabei als „allgemeines Bevölkerungsrisiko“, als Preis des westlichen Lebensstils. Der Terrorismus beeinflusst daher nicht nur die rechtliche Sicherheitsarchitektur:

„Der Terrorismus ist die Nemesis der liberalen Demokratie, die sie belagert und selbst dann deformiert, wenn der Terrorismus am Ende unterliegt.“¹⁹⁶

III. Reaktionen des Gesetzgebers

Politische Entscheidungsträger und Rechtsordnung reagieren auf die neuartigen Bedrohungen mit Maßnahmenbündeln unterschiedlichster Art; schon ist angesichts der Handlungszwänge die Rede von „Terroristen als Gesetzgeber“. Die Vermeidung terroristischer Anschläge und die Eindämmung der internationalen Strukturen und Netzwerke des Terrorismus werden als primäre Aufgaben der Außenpolitik und der Akteure der inneren Sicherheit verstanden. Vor der Ausübung exzessiver „Gegengewalt“ gegen terroristische Bedrohungen wird dabei häufig gewarnt; man geht davon aus, dass Gegengewalt desto kontraproduktiver werde, je kleiner die terroristische Gruppe sei.¹⁹⁷ Deren Bedeutung

¹⁹⁵ E. Gujer, Kampf an neuen Fronten. Wie sich der BND dem Terrorismus stellt, 2006; E. Theveßen, „Terroralarm“. Deutschland und die islamistische Bedrohung, 2005.

¹⁹⁶ M. Ignatieff, Das kleinere Übel. Politische Moral in einem Zeitalter des Terrors, 2005, S. 93.

¹⁹⁷ J. M. Post, in: W. Reich (Hrsg.), Origins of Terrorism, 1990, S. 40.

bzw. diejenige der Gruppenangehörigen werde dadurch unter Umständen „grandios überhöht“¹⁹⁸ und bestätige die Terroristen in ihren Bestrebungen und Aktivitäten. Unter Berücksichtigung der medialen Strategie des internationalen Terrorismus sei es erforderlich, die Möglichkeiten einer Präsentation der eigenen Macht, der eigenen Bedeutung und der eigenen Erfolge in den Medien einzudämmen und Aufklärungsarbeit zu leisten. Die „Romantisierung“ des Terrorismus¹⁹⁹ müsse aufgehoben, den Terroristen Hilfestellung geleistet werden, die ihnen die „Konversion“ erleichtere. Die Basis der auf solchen Annahmen aufbauenden Ansätze zur Überwindung des Terrorismus bildet ein „Dialog der Kulturen“²⁰⁰ insbesondere mit Vertretern der islamischen Bekenntnisrichtungen, dessen Geeignetheit zur Reduzierung der Gefahren fundamentalistisch motivierter Anschläge freilich im Streit steht. Ziel ist die Etablierung einer globalen, an rechtsstaatliche Grundsätze gebundenen Werteordnung im Sinne einer „Friedensordnung“.²⁰¹ Diesem Zwecke dienen auch Kooperations- und Partnerschaftsstrategien.²⁰²

Diese auf eine langfristige Perspektive ausgerichteten Lösungsansätze vermögen allerdings die gegenwärtig bestehenden Bedrohungspotenziale in keiner Weise zufrieden stellend zu begrenzen. Es besteht ein deutlicher qualitativer Unterschied zwischen der Abmilderung der Ursachen für terroristische Bedrohungen – etwa durch eine Verbesserung der Lebensbedingungen der Bevölkerung in den Ursprungsländern der Terroristen – und dem durchaus wünschenswerten konstruktiven Dialog mit dem Islam einerseits und der gegenwärtig notwendigen Abwehr konkret bestehender Gefahren und der Umgestaltung der sicherheitsrechtlichen Regelwerke zur Vorsorge gegen abstrakte Gefährdungen andererseits. Beide Zielsetzungen stehen nicht in einem Alternativverhältnis zueinander, was von den Kritikern einer Verschärfung des sicherheitsrechtlichen Normbestands häufig außer Acht gelassen wird, sondern bilden verschiedene „Säulen“ einer modernen Sicherheitsarchitektur. Daher vermag es nicht zu überzeugen, im Rahmen der Anwendung des verfassungsrechtlich im Rechtsstaatsprinzip gründenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beispielsweise im Zusammenhang mit neuartigen gesetzlichen Eingriffsermächtigungen oder Einsätzen der Streitkräfte zur Bekämpfung der Seepiraterie vor der soma-

¹⁹⁸ Vgl. C. Büttner, Politische Studien, Heft 386, 2002, S. 36.

¹⁹⁹ C. Büttner, Politische Studien, Heft 386, 2002, S. 36; dazu auch U. Schneekener, in: S. Huster/K. Rudolph (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, 2008, S. 25 (40f.).

²⁰⁰ Dazu C. Nowak, DVBl. 2003, 108 (109).

²⁰¹ C. Nowak, DVBl. 2003, 108 (109); vgl. zur internationalen Terrorismusbekämpfung aus völkerrechtlicher Sicht C. Tomuschat, DÖV 2006, 357 ff.; s. zur Bedeutung multilateraler Konventionen zur Terrorismusbekämpfung eingehend R. A. Lorz/L. Mammen, in: K. v. Knop/H. Neisser/M. van Creveld (Hrsg.), Countering Modern Terrorism – History, Current Issues and Future Threats. 2. Internationale Sicherheitskonferenz, 2005, S. 321 ff.

²⁰² C. Nowak, DVBl. 2003, 108 (109).

lischen Küste²⁰³ diesen Normen bzw. Maßnahmen unter Hinweis auf (vermeintliche) politische oder ökonomische Handlungsoptionen pauschal die Erforderlichkeit abzusprechen, da diese Optionen regelmäßig nicht zur Abwehr konkret bestehender gegenwärtiger Gefahrenlagen geeignet sind.

Der Gesetzgeber hat zur Bekämpfung der Gefahren des internationalen Terrorismus weit reichende Gesetzesänderungen vorgenommen. Die „Asymmetrisierungen“ gewaltsam ausgetragener Konflikte und die „Privatisierung von Gewalt“²⁰⁴ spiegeln sich dabei auch in der nationalen Sicherheitsarchitektur wider. Dass und in welcher Weise die Rechtsordnung mit „Gegenbewegungen“ reagiert, hat zu dezidiertem Kritik geführt: Als problematisch werden eine aus der „Faktizität“ terroristischer Bedrohungen folgende „Normativität“ und die Auffassung angesehen, solche Bedrohungen würden zu *militärischer* Selbstverteidigung legitimieren.²⁰⁵ Dabei habe

„die Invozierung der Notwendigkeit militärischer Verteidigung die Funktion, grenzüberschreitende staatliche Gewalt gegen Gewalttäter auf fremdstaatlichen Territorien zu legitimieren, auch wenn die UN-Charta grundsätzlich den Gewalteinsatz zwischen den Staaten verbietet.“²⁰⁶

Derartige Entwicklungstendenzen stellen auch die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen auf weitere Bewährungsproben. Die Herausforderungen an den demokratischen Rechtsstaat sind somit hoch.²⁰⁷

1. Die „Anti-Terror-Pakete“ I und II

Aus der Fülle legislativer Aktivitäten beispielhaft genannt seien die sog. „Anti-Terror-Pakete I und II“.²⁰⁸ Das „Anti-Terror-Paket I“ enthält mehrere Einzelgesetze, die namentlich die Abschaffung des sog. Religionsprivilegs in § 2 Abs. 2

²⁰³ Dazu u. 7. Teil, B. II.

²⁰⁴ H. Münkler, Die neuen Kriege, 2002, insb. S. 33 ff.

²⁰⁵ A. Fischer-Lescano, in: *Frankfurter Rundschau*, 18. 1. 2003, S. 14.

²⁰⁶ A. Fischer-Lescano, *KritJ* 2004, 67 (78).

²⁰⁷ R. Scholz, in: *Festschrift f. J. Meyer*, 2006, S. 177 ff.

²⁰⁸ Dazu M. Nolte, *DVBl.* 2002, 573 ff. – Keine nähere Erörterung finden in dieser Untersuchung die gesetzlichen Regelungen zur Bekämpfung der Geldwäsche und zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus, insbesondere durch das *Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland* v. 21. 6. 2002 (Viertes Finanzmarktförderungsgesetz; BGBl. I S. 2010), das *Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus* v. 8. 8. 2002 (Geldwäschebekämpfungsgesetz; BGBl. I S. 3105), das *Gesetz zur Ergänzung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung* v. 13. 8. 2008 (Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz, BGBl. I S. 1690), das u. a. die Vorgaben der *Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 10. 2005 zur Verbinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung* (Dritte EU-Geldwäsche-Richtlinie; ABl. 2005 L 309, S. 15) umgesetzt hat; vgl. eingehend S. Middell, in: M. H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen (Hrsg.), *Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009*, 2009, S. 153 (166 f.); zur Terrorismusbekämpfung mit Mitteln der Finanzmarktaufsicht eingehend C. Ohler, *Die Verwaltung* Bd. 41

Nr. 3 VereinsG zur Folge hatten²⁰⁹ und eine Vorschrift über die Ausdehnung der Strafbarkeit nach den §§ 129, 129 a StGB auf im Ausland organisierte kriminelle und terroristische Vereinigungen einführten (34. Strafrechtsänderungsgesetz vom 22. August 2002).²¹⁰ Der Terrorist gilt unter juristischem Blickwinkel noch immer als „Straftäter nationalen Rechts“²¹¹ und wird – auch unter Nutzung polizeilicher internationaler Zusammenarbeit – als solcher verfolgt. Die Einordnung als „Kombattant“ im Sinne des humanitären Völkerrechts geht nach zu treffender Auffassung fehl.²¹²

Infolge des Religionsprivilegs in § 2 Abs. 2 Nr. 3 VereinsG a.F. unterfielen „Religionsgemeinschaften und Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Weltanschauung zur Aufgabe machen, im Rahmen des Artikels 140 des Grundgesetzes in Verbindung mit Artikel 137 der deutschen Verfassung vom 11. August 1919“ nicht dem Vereinsbegriff des Vereinsgesetzes und konnten daher auch nicht nach Maßgabe der §§ 3 Abs. 1, 14 Abs. 1 VereinsG verboten werden. Nach Wegfall der privilegierten Stellung²¹³ kann nunmehr ein Verbot erfolgen, wenn die Zwecke oder die Tätigkeit eines religiös-weltanschauliche Ziele verfolgenden Personenzusammenschlusses den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richten.

(2008), S. 405 ff.; aus eigentumsrechtlicher Sicht ausführlich C. Matiss, Terrorismusbekämpfung und menschenrechtlicher Eigentumsschutz, 2009.

²⁰⁹ Erstes Gesetz zur Änderung des Vereinsgesetzes v. 4. 12. 2001, BGBl. I S. 3319; vgl. eingehend zum Verbot von Religionsgemeinschaften im Zusammenhang mit der Terrorismusbekämpfung W. Schwetzel, Freiheit, Sicherheit, Terror, 2007, S. 133 ff.

²¹⁰ BGBl. I S. 3390.

²¹¹ M. Krajewski, KritJ 2001, S. 363 (365); K. Nehm, NJW 2002, 2665 ff.; D. Wiefelspütz, Die Abwehr terroristischer Anschläge und das Grundgesetz. Polizei und Streitkräfte im Spannungsfeld neuer Herausforderungen, 2007, S. 9; ders., AöR Bd. 132 (2007), S. 44 (72).

²¹² So auch D. Blumenwitz, ZfP Bd. 50 (2003), S. 391 (402); H.-G. Dederer, JZ 2004, 421 (426 Fn. 73); F. Hase, DÖV 2006, 213 (214); B. Hirsch, KritV 2006, S. 3 (15); C. Lutze, NZWehrR 2003, 101 (109 ff.); C. Tomuschat, EuGRZ 2001, 535 (536); D. Wiefelspütz, ZfP Bd. 53 (2006), S. 143 (151); ders., Die Abwehr terroristischer Anschläge und das Grundgesetz, 2007, S. 10. – A. A. A. Gilch, Das Parlamentsbeteiligungsgesetz. Die Auslandsentsendung der Bundeswehr und deren verfahrensrechtliche Ausgestaltung, 2005, S. 16.

²¹³ Die Abschaffung des Religionsprivilegs ist im Ergebnis als verfassungsgemäß zu betrachten, da auch die besonderen verfassungsrechtlichen Gewährleistungen zu Gunsten religiös-weltanschaulicher Gemeinschaften verfassungsimmanente Schranken unterliegen, namentlich den Grundrechten Dritter und anderen Werten mit Verfassungsrang. Betätigt sich eine solche Gemeinschaft aktiv kämpferisch etwa gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, ist die Möglichkeit eines Verbots gerechtfertigt; s. dazu S. Middell, in: M. H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, 2009, S. 153 (157 f.); a. A. L. Michael, JZ 2002, 482 (489 f.), der eine Teilnichtigkeit des § 14 Abs. 2 und 3 S. 2 VereinsG annimmt, soweit diese Bestimmungen sich auch auf Religionsgemeinschaften beziehen; s. ferner R. Poscher, KritV 2002, S. 298 ff., der von einem „Akt unbewusster symbolischer Gesetzgebung“ spricht; S. Schmieder, VBIBW 2002, 146 ff.; eingehend K. Grob, Selbstschutz der Verfassung gegen Religionsgemeinschaften. Vom Religionsprivileg des Vereinsgesetzes zum Vereinungsverbot, 2004.

Das „Anti-Terror-Paket II“ besteht aus dem *Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus* vom 9. Januar 2002 („Terrorismusbekämpfungsgesetz“).²¹⁴ Das Gesetz hat beispielsweise die Aufgaben des Bundesamtes für Verfassungsschutz in § 3 Abs. 1 BVerfSchG um eine Nr. 4 erweitert.²¹⁵ Nach dieser Bestimmung obliegt dem Bundesamt die Sammlung und Auswertung von Informationen über

„Bestrebungen im Geltungsbereich dieses Gesetzes, die gegen den Gedanken der Völkerverständigung (Artikel 9 Abs. 2 des Grundgesetzes), insbesondere gegen das friedliche Zusammenleben der Völker (Artikel 26 Abs. 1 des Grundgesetzes) gerichtet sind“.

2. Insbesondere: Die Änderung des Bundesverfassungsschutzgesetzes

Mit der Novelle ist das Vorfeld terroristischer Bestrebungen in den Aufgabekatalog des Bundesamtes für Verfassungsschutz einbezogen worden, allerdings mit einer tatbestandlich recht unpräzisen Fassung namentlich der Merkmale „Gedanke der Völkerverständigung“ und „friedliches Zusammenleben der Völker“.²¹⁶ Bedenken lassen sich zunächst mit Blick auf das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot äußern – es besteht die Befürchtung, dass sich die neue Aufgabenzuweisung – die sich ausschließlich an den Zielsetzungen der betroffenen Personenzusammenschlüsse orientiert – zu einer Art „General Klausel“ entwickeln könnte.²¹⁷ Zudem ist zu bedenken,

„dass die neue Aufgabenstellung einen spezifischen Inlandsbezug vermissen lässt, da sie lediglich darauf abstellt, dass sich die aufzuklärenden Bestrebungen im Inland befinden; eine Gefährdung deutscher Interessen ist nicht erforderlich und wegen der fehlenden Notwendigkeit von Gewaltanwendung/-vorbereitung im Bundesgebiet regelmäßig nicht gegeben.“²¹⁸

Schließlich und vor allem ist auch die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zweifelhaft. Die Gesetzesbegründung nimmt ohne weitere Erläuterungen den Kompetenztitel in Art. 73 Nr. 10 lit. b) GG in Bezug.²¹⁹ Diese Vorschrift weist dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit bezüglich der Zu-

²¹⁴ BGBl. I S. 361; dazu S. Middel, in: M.H.W. Möllers/R.C. v. Ooyen (Hrsg.), *Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009*, 2009, S. 153 (159 ff.); zu Einzelheiten ferner E. Denninger, *StV 2002*, 96 ff.; C. Mager, *Terrorismusbekämpfung zwischen Freiheit und Sicherheit*, 2005, S. 85 ff.; S. Rublack, *DuD 2002*, 202 ff.; A. Weber/A. Walter, in: M.H.W. Möllers/R.C. v. Ooyen (Hrsg.), *Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2006/2007*, 2007, S. 269 ff.

²¹⁵ Auch die Aufgaben des MAD sind in § 1 Abs. 1 MADG entsprechend erweitert worden.

²¹⁶ S. Middel, in: M.H.W. Möllers/R.C. v. Ooyen (Hrsg.), *Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009*, 2009, S. 153 (160); kritisch ferner M. Baldus, *ZRP 2002*, 400 (402 ff.); E. Denninger, *StV 2002*, 96 (98); M. Ronellenfitsch, *DuD 2007*, 561 (566).

²¹⁷ M. Baldus, *ZRP 2002*, 400 (402 ff.).

²¹⁸ S. Middel, in: M.H.W. Möllers/R.C. v. Ooyen (Hrsg.), *Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009*, 2009, S. 153 (160).

²¹⁹ BT-Drs. 14/7386 (neu), S. 37.

sammenarbeit des Bundes und der Länder zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes und der Sicherheit des Bundes oder eines Landes (Verfassungsschutz) zu. Da jedoch ein spezifischer Inlandsbezug der neuen Aufgabennorm fehlt, schützt sie auch nicht die in Art. 73 Nr. 10 lit. b) GG als Schutzgut benannte *inländische* Verfassungsordnung.²²⁰

Als weitere Kompetenztitel kommen freilich Art. 73 Nr. 1 GG (auswärtige Angelegenheiten sowie die Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung) sowie Art. 73 Nr. 10 lit. c) GG (Schutz gegen Bestrebungen im Bundesgebiet, die durch Anwendung von Gewalt oder darauf gerichtete Vorbereitungshandlungen auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden) in Betracht. Gegen die Annahme einer Gesetzgebungskompetenz aus Art. 73 Nr. 10 lit. c) GG spricht indes, dass es nicht um die Bekämpfung von gegen einen anderen Staat gerichteten und so „auswärtigen Belangen“ zuwiderlaufenden Bestrebungen geht, sondern um Maßnahmen gegen politische Gegner im Allgemeinen.²²¹ Eine Kompetenz aus Art. 73 Nr. 1 GG wäre dann anzunehmen, wenn die gesetzliche Regelung die „auswärtigen Angelegenheiten“ beträfe; der Regelungskomplex „Verteidigung“ ist nicht berührt. Das Bundesverfassungsgericht versteht unter „auswärtigen Angelegenheiten“ diejenigen Beziehungen, die die Bundesrepublik Deutschland als Völkerrechtssubjekt zu anderen Staaten unterhält.²²² Mangels Bezug zu anderen Staaten wäre die Erweiterung des Aufgabenbereichs des Bundesamtes für Verfassungsschutz durch das „Anti-Terror-Paket II“ aber selbst dann nicht auf Art. 73 Nr. 1 GG zu stützen, wenn man die Sichtweise des Bundesverfassungsgerichts für zu eng hielte, weil auswärtige Beziehungen auch Völkerrechtssubjekte ohne Staatenqualität betreffen können. Denn jedenfalls fehlt es bei der gesetzlichen Neuregelung an einer Gestaltung der deutschen Außenpolitik – dies aber muss als konstitutive Mindestvoraussetzung für die Annahme eines Bezugs zu auswärtigen Beziehungen angesehen werden.²²³ Daher spricht vieles dafür, die Erweiterung der Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden in § 3 Abs. 1 Nr. 4 BVerfSchG als kompetenzwidrig und damit als formell nicht im Einklang mit der Verfassung zu betrachten.²²⁴

²²⁰ S. *Middel*, in: M.H.W. Möllers/R.C. v. Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, 2009, S. 153 (160), der zudem darauf hinweist, dass eine diesbezügliche Regelung wegen § 3 Abs. 1 Nr. 1 1. Alt. BVerfSchG ohnehin überflüssig wäre, der die Beobachtung solche Zielsetzungen verfolgender Personenzusammenschlüsse bereits abdecke; wie hier ferner C. *Mager*, Terrorismusbekämpfung zwischen Freiheit und Sicherheit, 2005, S. 87f.; M. *Nolte*, DVBl. 2002, 573 (574).

²²¹ So M. *Baldus*, ZRP 2002, 400 (401 f.); C. *Mager*, Terrorismusbekämpfung zwischen Freiheit und Sicherheit, 2005, S. 88 f.

²²² BVerfGE 33, 52 (60).

²²³ S. BVerfG, NJW 2000, 55 (59); C. *Mager*, Terrorismusbekämpfung zwischen Freiheit und Sicherheit, 2005, S. 90.

²²⁴ C. *Mager*, Terrorismusbekämpfung zwischen Freiheit und Sicherheit, 2005, S. 90 f., lehnt zu Recht auch eine Bundeskompetenz kraft Sachzusammenhangs bzw. aus der Natur der Sache ab. Weder besteht eine denkotwendige Eignung nur des Bundes zur Regelung der