

## „Gefährder“ – eine neue alte Figur im Öffentlichen Recht

### I. Gefährder – Eine neue Figur

Ogleich im Gefahrenabwehrrecht schon länger bekannt, hat die Karriere des Begriffs des sogenannten Gefährders erst mit den Terroranschlägen in New York am 11. September 2001 an Fahrt aufgenommen.<sup>1</sup> Über das 2002 verabschiedete Terrorismusbekämpfungsgesetz<sup>2</sup> und nachfolgende sicherheitsrechtliche Gesetze ist über das Verb „gefährden“ der Begriff des „Gefährders“ jedenfalls der Sache nach in Gesetzestexte eingeflossen. Was ein „Gefährder“ in diesem Sinne ist, wird allerdings bis heute weder in Landes- noch in Bundesgesetzen exakt und einheitlich definiert. Nur vereinzelt finden sich in Gesetzen Versuche der Umschreibung von Elementen, die einen Gefährder aus der Perspektive der Gesetzgeber ausmachen. So wird im Aufenthaltsgesetz<sup>3</sup> in § 58a Abs. 1 Satz 1 der Erlass einer Abschiebungsanordnung ohne vorhergehende Ausweisung „auf Grund einer auf Tatsachen gestützten Prognose zur Abwehr einer besonderen Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr“ für zulässig erklärt.<sup>4</sup> Auch das in Bayern jüngst beschlossene und verkündete „Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“<sup>5</sup> verzichtet abseits der in der polizeirechtlichen Generalklausel definierten „drohenden Gefahr“ auf eine Legaldefinition. Entsprechend dem neu gefassten Art. 11 Abs. 3 Satz 1 PAG soll eine „drohende Gefahr“ vorliegen, „wenn im Einzelfall das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren

1 Siehe aber: Charles von Denkowski, Einstufung als (islamistische) Gefährder und (heimliche) Folgeingriffe, *Kriminalistik* 2007, 325 (327), der die „rechtspolitische Genese“ des Begriffs in der Auseinandersetzung mit der Bekämpfung der Roten-Armee-Fraktion und ihres Unterstützer- und Sympathisantenfeldes in den 1970er Jahren verortet, andererseits aber zugesteht, dass „ein Kategorisieren von ‚Gefährdern‘ erst mit dem 11. September breite Verwendung [findet]“.

2 Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz) vom 9. Januar 2002 (BGBl. I S. 361, 3142).

3 Aufenthaltsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Februar 2008 (BGBl. I S. 162), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2780).

4 Kritisch gegenüber dieser Norm, insb. hinsichtlich der Absenkung der Anforderungen an das Vorliegen einer Gefahr: Andrea Erbslöh, Bestenfalls überflüssig - Überlegungen zur Abschiebungsanordnung (§ 58a AufenthG), *NVwZ* 2007, 155; Ina Bauer, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 11. Aufl., München 2016, § 58a AufenthG Rn. 28.; affirmativ hingegen die jüngere bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung: *BVerwG*, *NVwZ* 2017, 1057 (insb. 1060 ff.); *ZAR* 2017, 227 (insb. 229 ff.); *Beschl. v. 31. Mai 2017 – 1 VR 4.17 –*, juris; das *BVerfG* hat diese Rechtsprechung bestätigt: *BVerfG*, *Beschl. v. 26. Juli 2017 – 2 BvR 1606/17 –*, juris, Rn. 18; *Beschl. v. 24. Juli 2017 – 2 BvR 1487/17 –*, juris, Rn. 19 ff.

5 Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen vom 24. Juli 2017 (GVBl. S. 388).

bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zu lassen, wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind.“ § 3 Abs. 4 Satz 1 der bayerischen Zuständigkeitsverordnung zum Ausländerrecht<sup>6</sup> weist zwar bestimmten Behörden Zuständigkeiten „für ausländerrechtliche Maßnahmen gegen islamistische und sonstige ausländerextremistische Gefährder“ zu, verzichtet aber ebenfalls auf eine Klärung des Begriffs. Aufschlussreich und weiterführend ist auf der Suche nach einer Antwort auf die Frage, was ein Gefährder ist, in diesem Zusammenhang jedoch § 2 Abs. 1 Nr. 23 der BKA-Daten-Verordnung<sup>7</sup>. Denn dort wird hinsichtlich personenbezogener Daten, die vom Bundeskriminalamt gespeichert, verändert oder genutzt werden dürfen, immerhin auf den Status einer Person nach der „polizeifachlichen Definition wie „Gefährder““ verwiesen.

Jene polizeifachliche Definition, aufgrund derer die Einstufung von Zielpersonen als Gefährder in der Praxis der Polizei- und Sicherheitsbehörden mangels klarer gesetzlicher Vorgaben bis dato erfolgt, wurde von der Arbeitsgemeinschaft der Leiter der Landeskriminalämter und des Bundeskriminalamtes im Jahr 2004 bundeseinheitlich geprägt. Danach ist ein Gefährder eine Person, „bei der bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie politisch motivierte Straftaten von erheblicher Bedeutung, insbesondere solche im Sinne des § 100a der Strafprozessordnung (StPO), begehen wird.“<sup>8</sup> Hiervon werden laut Bundesinnenministerium erfasst: Führungspersonen, Unterstützer, Logistiker oder sonstige Akteure innerhalb des extremistischen bzw. terroristischen Spektrums, denen Sicherheitsbehörden aufgrund ihrer „Lagekenntnisse“ die Begehung, Förderung oder Unterstützung eines Terroranschlags zutrauen, auch wenn Hinweise auf konkrete geplante Terroranschläge fehlen. Zwar ist der Begriff nicht beschränkt auf islamistisch motivierte Personen, sondern zielt vielmehr auch auf Links- und Rechtsterrorismus.<sup>9</sup> Im medialen, politischen und sicherheitsrechtlichen Diskurs dominiert gleichwohl der islamistische Gefährder. Die Kriterien für die Einstufung einer Person als Gefährder sind nicht öffentlich. Bekannt ist lediglich, dass das Bundeskriminalamt mit einem achtstufigen Prognosemodell arbeitet, mit dem nach Angaben des Bundesinnenministeriums angeblich jedoch ausschließlich Gefährdungseinzelverhalte bewertet werden, nicht aber die Gefährlichkeit einzelner Personen.<sup>10</sup> In Zukunft soll das vom Bundeskriminalamt in

6 Verordnung über die Zuständigkeiten zur Ausführung des Aufenthaltsgesetzes und ausländerrechtlicher Bestimmungen in anderen Gesetzen (Zuständigkeitsverordnung Ausländerrecht – ZustVAuslR) vom 14. Juli 2005 (GVBl. S. 306).

7 BKA-Daten-Verordnung vom 4. Juni 2010 (BGBl. I S. 716), zuletzt geändert durch Art. 6 Abs. 12 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872).

8 Siehe die Antwort des damaligen Staatssekretärs im Innenministerium, *August Hanning*, auf die Frage des Abgeordneten der Bundestagsfraktion DIE LINKE, *Wolfgang Neskovic*, wie „der genaue Wortlaut der von der „AG Kripo“ (Arbeitsgemeinschaft der Leiter der Landeskriminalämter und des Bundeskriminalamts) festgelegten Definition des Begriffes „Gefährder“ [lautet]“ (BT-Drs. 16/3570, 6; siehe ferner: BT-Drs. 18/11369, 2; 18/10923, 9; 15/3284, 16).

9 Unter Verweis auf „tagesaktuelle Schwankungen“, hierzu auch die nach unterschiedlichen Gruppen, Geschlecht und Aufenthaltsort inner- oder außerhalb Deutschlands aufgeschlüsselten Zahlenangaben in der Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage: BT-Drs. 18/11369 vom 3. März 2017. Danach stehen 586 als islamistische Gefährdern eingestuft Personen vier als Gefährder eingestufte Personen aus dem linksextremistischen und 22 aus dem rechtsextremistischen Milieu gegenüber.

10 So die Antwort der Staatssekretärin im Bundesministerium des Innern, *Emily Haber*, auf eine schriftliche Frage der Bundestagsabgeordneten *Martina Renner*: BT-Drs. 18/10932, 10.

Zusammenarbeit mit der Arbeitsgruppe Forensische Psychologie der Universität Konstanz entwickelte und im September 2016 fertig gestellte Risikobewertungsinstrument »Regelbasierte Analyse potentiell destruktiver Täter zur Einschätzung des akuten Risikos – Islamistischer Terrorismus« (RADAR-iTE) zum Einsatz kommen, das eine transparente, nachvollziehbare und „bundesweit einheitliche Bewertung des Gewalttrisikos von polizeilich bekannten militanten Salafisten“ ermöglichen soll. Dabei wird das Risikopotential einer Person unter Rückgriff auf vorliegende bzw. rechtlich zulässigerweise erhebbare verhaltensbezogene Informationen mit Hilfe eines Risikobewertungsbogens, der standardisierte Fragen mit risikosteigernden und -senkenden Merkmalen enthält, einer dreistufigen Risikoskala (hohes, auffälliges oder moderates Risiko) zugeordnet.<sup>11</sup> So unbekannt jedenfalls der Öffentlichkeit bislang die Kriterien sind, so sicher ist indes, dass die Einstufung als Gefährder Ausgangspunkt ist für die in einem bundeseinheitlich abgestimmten Gefährderprogramm enthaltenen präventiven Maßnahmen, welche gegenüber Gefährdern durchgeführt werden. Diese reichen von einer fortwährenden informationellen Abklärung in Gestalt von Datenabgleich und Datenaustausch über verdeckte oder offene Observationen, die Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung, Meldeauflagen, Ausreiseuntersagungen, Passentzug bis hin zu Ausweisungsverfügungen und Abschiebungen. Ihre rechtliche Grundlage finden diese Maßnahmen in den Polizeigesetzen der Länder oder in Bundesgesetzen wie dem Pass- bzw. Personalausweis-, dem Aufenthalts- und BKA- oder dem Antiterrordateigesetz.<sup>12</sup> In diesen Gesetzen ist zwar, wie eingangs aufgezeigt, nicht explizit vom Gefährder die Rede; der Sache nach versuchen die einzelnen Normen die neue dogmatische Figur des Gefährders aber über mehr oder weniger hinreichend bestimmte Tatbestandsvoraussetzungen normativ einzufangen.

## II. Gefährder – eine alte Figur

Seit längerer Zeit bekannt ist der Gefährder im öffentlichen Recht hingegen aus den Diskussionen um so genannte Gefährderansprachen, auch wenn der Begriff hier eher implizit und seltener verwendet wird. Inhaltlich geht es darum, Hooligans<sup>13</sup>, potentiell gewalt-

11 Siehe Presseinformation des Bundeskriminalamtes vom 2. Februar 2017, abrufbar unter: [https://www.bka.de/DE/Presse/Listenseite\\_Pressemitteilungen/2017/Presse2017/170202\\_Radar.html](https://www.bka.de/DE/Presse/Listenseite_Pressemitteilungen/2017/Presse2017/170202_Radar.html).

12 Charles von Denkowski, Einstufung als (islamistische) Gefährder und (heimliche) Folgeeingriffe, *Kriminalistik* 2007, 325 (329); siehe auch: BT-Drs. 18/11369, 2.

13 OVG Münster, Beschl. v. 27. Juni 2006 – 5 B 1142/06 –, juris, Rn. 12; VG Bayreuth, Beschl. v. 19. Dezember 2014 – B 1 S 14.851 –, juris, Rn. 41; VG Frankfurt, Urt. v. 22. Juli 2014 – 5 K 4684/13.F –, juris, Rn. 39; VG Braunschweig, Beschl. v. 8. Juni 2006 – 5 B 173/06 –, juris, Rn. 10, 12, 19 und 25; VG Minden, Urt. v. 29. Juni 2005 – 11 K 2952/04 –, juris, Rn. 15 und 40; VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 20. Oktober 2004 – 17 L 2319/04 –, juris, Rn. 15; Tristan Barczak, Polizeiliche Vorfeldmaßnahmen gegen Fußballhooligans und gewaltbereite Ultragruppierungen, *JA* 2014, 888 (890 ff.); Marius Breucker, Sicherheitsmaßnahmen für die Fußballweltmeisterschaft 2006 – Prävention durch Polizei und Deutschen Fußball Bund, *NJW* 2006, 1233 (1235 f.); Karsten Schneider, Übungsfall: Meldeauflagen und „Gefährderansprechen“ als polizeiliche Präventivmaßnahmen gegen Hooligans, *ZJS* 2008, 281 (287 ff.). Speziell zur Frage der „Übermittlung von Gefährderdaten durch die Polizei an Fußballveranstalter“, siehe den gleichnamigen Aufsatz von: Guido Kirchhoff, *NJW* 2017, 294, sowie: Peter Gerrit Müller-Eiselt, Highway oder Nadelöhr?, *DVBfI* 2014, 1168; Peter-Tobias Stoll/Jan-Carl Lüers, Stadionverbote: private Gefahrenprävention und öffentliches Recht, *DÖV* 2014, 222 (229 f.).

bereite Demonstrant\_Innen<sup>14</sup>, Anhänger\_Innen ausländischer politischer Gruppierungen<sup>15</sup>, jugendliche Intensiv-<sup>16</sup> oder häusliche Gewalttäter<sup>17</sup> mündlich oder schriftlich anzusprechen, sie darauf aufmerksam zu machen, dass in Bezug auf ihre Person polizeirechtlich relevante Informationen vorliegen und sie deshalb unter besonderer Beobachtung stehen.<sup>18</sup> Ziel der Ansprache ist es in der Regel, durch Inaussichtstellen konkreter polizeilicher Maßnahmen auf den Adressaten in der Weise einzuwirken, dass er davon Abstand nimmt, bei einem in der Zukunft liegenden Ereignis Straftaten zu begehen. Da eine solchermaßen intendierte Gefährderansprache in Grundrechte eingreift, wird sie auf die polizeiliche Generalklausel gestützt, welche freilich das Vorliegen einer von den Adressaten ausgehenden konkreten Gefahr für die öffentliche Sicherheit voraussetzt.<sup>19</sup> Erforderlich ist insoweit, dass zum Zeitpunkt des polizeilichen Handelns belastbare Erkenntnisse darauf schließen lassen, dass der angesprochene Gefährder dem jeweiligen Ereignis und der abzuwehrenden Gefahr einschlägig und zeitnah zuzuordnen und der zum befürchteten Schaden führende Kausalverlauf wenigstens in Umrissen erkennbar ist.<sup>20</sup>

### III. Gefährder – zwei unterschiedliche Figuren

Aus alledem ergibt sich, dass der unter I. behandelte Gefährder im polizei- und sicherheitsrechtlichen Wahrnehmungshorizont terroristischer Straftaten mit dem Gefährder, wie ich ihn unter II. im Zusammenhang mit der Gefährderansprache skizziert habe, in vielerlei Hinsicht nicht vergleichbar ist. Zunächst handelt es sich bei der Gefährderansprache um eine vergleichsweise niedrigschwellige Intervention,<sup>21</sup> was nicht für alle Maßnahmen gesagt werden kann, die in Bezug auf eine als terroristischen Gefährder einge-

- 14 Zur Gefährderansprache im Zusammenhang mit Versammlungen: Ulrike Donat, »Gefährderansprechen« gefährden Freiheitsrechte, in: Müller-Heidelberg u.a. (Hrsg.), Grundrechte-Report 2006, Frankfurt a.M. 2006, 101; Jürgen Roos, Gefährderansprache und Versammlungsrecht, Kriminalistik 2006, 261; Christoph Trurnit, Eingriffsbefugnisse bei Veranstaltungen, Jura 2012, 365 (369 f.).
- 15 So zumindest in Bayern gegenüber Anhänger\_Innen der Arbeiterpartei Kurdistans (PKK): AG Ansbach, Urt. v. 20. Juni 2004 – AN 15 K 03.02259 –, juris, Rn. 4.
- 16 VG Köln, Urt. v. 17. Mai 2016 – 12 K 4371/15 –, juris, Rn. 50 ff.; VG Arnsberg, Beschl. v. 5. November 2008 – 3 L 769/08 –, juris, Rn 12.
- 17 VG Minden, Urt. v. 13. August 2007 – 8 K 891/07 –, juris, Rn. 1.
- 18 Allgemein zur Gefährderansprache: Timo Hebler, Die Gefährderansprache, NVwZ 2011, 1364; Charlotte Kreuter-Kirchhof, Die polizeiliche Gefährderansprache, AöR 139 (2014), 257; Andrea Kießling, Die dogmatische Einordnung der polizeilichen Gefährderansprache in das allgemeine Polizeirecht, DVBl. 2012, 1211.
- 19 OVG Lüneburg, NJW 2006, 391 (393 f.); VG Hamburg, Beschl. v. 2. April 2012 – 15 E 756/12 –, juris, Rn. 51; Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Michael Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl., München 2016, § 21 Rn. 46; Wolf-Rüdiger Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl., Heidelberg 2016, Rn. 653.
- 20 Tristan Barczak, Polizeiliche Vorfeldmaßnahmen gegen Fußballhooligans und gewaltbereite Ultra-Gruppierungen, JA 2014, 888 (891); Jürgen Roos, Gefährderansprache und Versammlungsrecht, Kriminalistik 2006, 261 (262); Christoph Trurnit, Eingriffsbefugnisse bei Veranstaltungen, Jura 2012, 365 (370); Karsten Schneider, Übungsfall: Meldeauflagen und „Gefährderansprechen“ als polizeiliche Präventivmaßnahmen gegen Hooligans, ZJS 2008, 281 (289); OVG Lüneburg, NJW 2006, 391 (394).
- 21 Abgestellt wird in Rechtsprechung und Literatur hinsichtlich des Eingriffscharakters einer Gefährderansprache auf deren konkreten Inhalt und die daran anknüpfende Frage, ob die Willensent-

stufte Person zur Anwendung kommen können. Ferner adressiert die Gefährderansprache ihren Adressaten offen und direkt, wohingegen die Einstufung des Gefährders im terroristischen Sinne sowie zahlreiche der daran anknüpfenden informationsbezogenen Eingriffe ohne Kenntnis des Betroffenen erfolgen. Folglich wird dieser Gefährder gerade nicht über den polizeilichen Erkenntnisstand aufgeklärt oder „angesprochen“. Die Heimlichkeit der Einstufung als terroristischer Gefährder und der einer solchen Person gegenüber getroffenen Informationsgewinnungseingriffe steht der Gefährderansprache zudem insoweit entgegen, als der in der Ansprache liegende appellative Charakter unterstellt, dass auf das zukünftige Verhalten des Angesprochenen gezielt eingewirkt werden kann.<sup>22</sup> Lässt sich deshalb die Gefährderansprache noch einordnen in die auch die Gefahrenabwehrverwaltung prägenden Tendenzen einer Enthierarchisierung der Kommunikation zwischen Bürger\_Innen und Staat zugunsten informierender, kooperativer und konsensualer Handlungsformen,<sup>23</sup> trifft dies unabhängig von der Heimlichkeit weder auf die Einstufung als terroristischer Gefährder noch auf die daran gekoppelten Maßnahmen zu.

Der für die dogmatische Einordnung des Gefährders neuen Typs wohl wichtigste Unterschied ist aber ein anderer. Zwar operiert die Polizei auch bei der Gefährderansprache im Einzugsbereich der Gefahr, wenngleich im Vorfeld, in dem einem künftig zu besorgenden Verhalten des Adressaten der Ansprache begegnet werden soll.<sup>24</sup> Über die polizeiliche Generalklausel und den sachlichen wie zeitlichen Zurechnungszusammenhang bleibt die Polizei aber noch gebunden an den Begriff der konkreten Gefahr und deren – allerdings weit vorverlagerte – Prävention. Das trifft auf den Gefährder, wie er aktuell im Zusammenhang mit der Bekämpfung terroristischer Bedrohungslagen Eingang in Gesetzestexte findet, nicht zu. Denn hier ist eine auf einigermaßen konkretisierte Kausalverläufe angewiesene personale Zuweisung bestimmter Verantwortlichkeiten für das Eintreten von Schäden gerade nicht möglich. Auch wenn der terroristische Gefährder kein Störer im polizeirechtlichen Sinne ist, geht es im Unterschied zu anlass- oder verdachtslosen

schließungsfreiheit in relevanter Weise eingeschränkt wird, was dann der Fall sein soll, wenn der Adressat nicht lediglich auf die Rechtslage hingewiesen, sondern ihm unter Verweis auf sein früheres Fehlverhalten das Ergreifen konkreter polizeilicher Maßnahmen in der Zukunft in Aussicht gestellt wird und ihm deshalb bei objektiver Betrachtung aufgrund des dadurch erzeugten Drucks kein Spielraum mehr bleibt für eine eigenständige und eigenverantwortliche Entscheidung. Siehe aber auch: Ulrike Donat, »Gefährderansprechen« gefährden Freiheitsrechte, in: Müller-Heidelberg u.a. (Hrsg.), Grundrechte-Report 2006, Frankfurt a.M. 2006, 101 (104), die davon ausgeht, dass Gefährderansprechen „grundsätzlich wegen der damit verbundenen diskriminierenden und grundrechtsbeschränkenden Wirkung als Eingriffsakte justizierbar“ sind. Für Gefährderansprechen mit Eingriffsqualität siehe z.B.: OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2012, 720; OVG Lüneburg, NJW 2006, 391 (392 ff.); VG Göttingen, Urt. v. 27.1.2004 – 1 A 1014/02 –, juris, Rn. 25 ff.; für Gefährderansprechen ohne Eingriffsqualität hingegen: OVG Münster, Beschl. v. 22. August 2016 – 5 A 2532/14 –, juris, Rn. 9 ff.; VG Köln, Urt. v. 20. November 2014 – 20 K 2466/12 –, juris, Rn. 39 ff.

22 Zur Steuerung des Verhaltens des Adressaten als Ziel der Gefährderansprache: Charlotte Kreuter-Kirchhof, Die polizeiliche Gefährderansprache, AöR 139 (2014), 257 (260 f., 263 und 268 f.); Katja Lehr, Staatliche Lenkung durch Handlungsformen, 2010, 334. Andrea Kießling, Die dogmatische Einordnung der polizeilichen Gefährderansprache in das allgemeine Polizeirecht, DVBl. 2012, 1211 (1216), spricht von dem Versuch, „einen Umdenkungsprozess bei dem Angesprochenen in Gang zu setzen“ bzw. vom „Abschreckungseffekt der Ansprache“.

23 So auch: Timo Hebel, Die Gefährderansprache, NVwZ 2011, 1364 (1366).

24 Hebel (ebd.) spricht in Bezug auf Gefährderansprechen von einem Handeln „im Frühstadium von Gefahren“.

Polizeimaßnahmen andererseits aber auch nicht darum, die Situation des polizeilichen Notstandes zum Regelfall zu machen, indem de facto rechtstreue Nichtsstörer zum Zweck der Bekämpfung von Störern adressiert werden.<sup>25</sup> Denn bei einem terroristischen Gefährder gehen die Polizei- und Sicherheitsbehörden aufgrund ihrer Erkenntnislage ja gerade nicht von dessen grundsätzlicher Rechtstreue aus. Sie halten ihn im Gegenteil für gefährlich, auch wenn ihre Einschätzungen und Prognosen von ganz erheblichen Unsicherheiten geprägt sind. Provoziert werden von der neuen Figur des Gefährders im terroristischen Sinne mithin im Kern Fragen nach dem rechtlichen Umgang mit personenbezogenen Risikohypothesen.

#### IV. Dogmatische Verortung des Gefährders

Über die Begriffe der Gefahr, der Anscheinsgefahr oder des Gefahrenverdachts, welche Prognoseelemente aufweisen und den handelnden Beamten ein Handlungsermessen zubilligen, war das Gefahrenabwehrrecht schon immer vom rechtlich geregelten Umgang mit Ungewissheit geprägt. Wird aber die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts ersetzt durch die reine Möglichkeit oder die abstrakte Besorgnis eines Schadenseintritts, wird auf ein breiteres Nichtwissen verwiesen und erhöhen sich bedingt durch dieses Nichtwissen die Unsicherheiten in der Einschätzung und Bewertung des Verhaltens einer Person und des Eintretens eines Schadens für ein geschütztes Rechtsgut. Denn im Vorfeld von Gefahren weisen die potentiell gefährdenden Faktoren immer eine beträchtliche Ambivalenz auf. Einzelne Umstände können sich *ex ante* als harmlos und polizeirechtlich irrelevant, zugleich aber auch als die noch straflose Vorbereitungshandlung eines terroristischen Delikts erweisen. Anders als im Umwelt-, Gesundheits-, Technik- oder Verbraucherschutzrecht kann beim Gefährder nur sehr beschränkt auf statistische oder wissenschaftliche Erkenntnisse einschlägiger Experten zurückgegriffen werden, um der administrativen Ungewissheit zu begegnen. Zur Verfügung stehen insoweit vor allem Erkenntnisse von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten.

Aufgrund dessen lässt sich die Konstellation des Gefährders im terroristischen Sinne auch nicht unter den Gefahrenverdacht subsumieren, auch wenn der Gefahrenverdacht ebenfalls von einem spezifischen Defizit der Beurteilungsmöglichkeit der gegebenen Sachlage gekennzeichnet ist.<sup>26</sup> Denn zum einen lässt sich über Gefährderforschungseingriffe im Falle des terroristischen Gefährders nur schwer eruieren, ob tatsächlich eine Gefahr besteht oder nicht, weil man es nicht mit Anlagen, Waren oder Dienstleistungen zu tun hat, sondern mit einem nicht annähernd in gleicher Weise einschätzbaren Menschen. Zum anderen soll der terroristische Gefährder ja trotz der wissensbezogenen Unsicherheiten in der Wahrscheinlichkeitsbeurteilung nicht nur mit Gefährderforschungseingriffen konfrontiert werden, sondern – wenn nötig – Adressat einer Vielzahl polizeilicher

25 Siehe hierzu: Christoph Möllers, Polizeikontrolle ohne Gefahrverdacht, NVwZ 2000, 382 (385); Hans Liskén, Verdachts- und ereignisunabhängige Personenkontrollen zur Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität?, NVwZ 1998, 22 (24).

26 Allgemein zum Gefahrenverdacht: Ralf Poscher, Der Gefahrverdacht, NVwZ 2001, 141; Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Michael Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl., München 2016, § 4 Rn. 50 ff.; Markus Thiel, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2016, § 8 Rn. 60 ff.; Erhard Denninger, in: Liskén/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Kap. D Rn. 48.



Maßnahmen sein, die zum Teil weit über das hinausgehen, was noch als Gefahrerforschung beschrieben werden kann.<sup>27</sup> Die Anscheinsgefahr passt ebenfalls nicht.<sup>28</sup> Da die schon zum Zeitpunkt des polizeilichen Handelns vorhandene Ungewissheit bleibt und es um die fortgesetzte Gewinnung von Informationen geht, um überhaupt einschätzen zu können, ob und mit welchem Wahrscheinlichkeitsgrad von der jeweiligen Person eine Gefahr ausgeht, fehlt es über einen signifikanten Zeitraum an einem für die Korrektur der ursprünglichen Einschätzung erforderlichen *ex post*-Zeitpunkt.<sup>29</sup> Schließlich lässt sich der Gefährder im terroristischen Sinne nicht als abstrakte Gefahr verstehen.<sup>30</sup> Hinsichtlich des zur Verfügung stehenden Wissens und dem damit verbundenen Grad der Sicherheit der raum- und zeitbezogenen Wahrscheinlichkeitsprognose besteht zwar auch bei der abstrakten Gefahr eine nicht unerhebliche Unsicherheit. Über die Rückbindung an ein wissenschaftliches, statistisches bzw. polizeiliches Expertenwissen oder auch die allgemeine Lebenserfahrung, kann jene Unsicherheit dort aber immerhin über entsprechend abgesicherte Häufigkeitsrelationen eingefangen werden.<sup>31</sup> Die abstrakte Gefahr zielt mithin auf Konstellationen, in denen von einzelnen Sachlagen oder Verhaltensweisen abstrahiert wird, wohingegen es beim terroristischen Gefährder gerade um den einzelnen Fall geht.

#### V. Reaktionen der Dogmatik

Repräsentiert die Figur des Gefährders zeitlich unbestimmte, von keiner konkreten Sachlage abhängige und vor allem immer von Erkenntnisdefiziten determinierte Verhaltensprognosen und vergegenwärtigt man sich, dass die Polizei- und Sicherheitsbehörden vor der misslichen Situation stehen, dass ein zu langes Zuwarten zu erheblichen und irreparablen Schäden führen kann, andererseits für polizeiliche Eingriffe nach der hergebrachten Dogmatik in der Regel eine gewisse Konkretisierung der Bedrohungssituation verlangt wird, erklärt sich, dass der Gefährder im terroristischen Sinne zunächst einmal personen-, sach- und strukturbezogene Informationsgewinnungseingriffe provoziert, mit denen man versucht, die bestehenden Wissensdefizite zu minimieren.<sup>32</sup> Solange solche im

27 Vertiefend zu sog. Gefahrerforschungseingriffen mit zahlreichen Beispielen aus der jüngeren Rechtsprechung außerhalb des Umweltrechts: Friederike Wapler, Alles geklärt? Überlegungen zum polizeilichen Gefahrerforschungseingriff, DVBl. 2012, 86.

28 Kritisch gegenüber der Berechtigung der dogmatischen Figur der Anscheinsgefahr mit Rücksicht auf die Subjektivierung des Gefahrebegriffs: Wolf-Rüdiger Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl., Heidelberg 2016, Rn. 80 f.; Erhard Denninger, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Kap. D Rn. 50.

29 Vgl. hierzu auch: Thomas Darnstädt, Karlsruher Gefahr, DVBl. 2011, 263 (266).

30 Zur abstrakten Gefahr: Markus Thiel, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2016, § 8 Rn. 71, § 16 Rn. 2 f. und § 17 Rn. 5 ff.; Frederik Rachor, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Kap. E Rn. 95 ff.

31 Für Fälle aus der Praxis, siehe bspw.: BVerwG, NVwZ 2003, 95 (insb. 96 ff. – Gefahrtier-Verordnung); BVerwG, Urt. v. 28. Juni 2004 – 6 C 21.03 –, juris, insb. Rn. 25 (Kampfhundverordnung); VGH Mannheim, NVwZ-RR 2010, 55 (insb. 56 ff. – Alkoholkonsum in der Öffentlichkeit); vgl. auch: BVerfG, NJW 2002, 1638.

32 Zutreffend schreibt *Uwe Volkmann*, dass „sich das Schwergewicht der polizeilichen Tätigkeit [von der Bekämpfung einer Gefahr] auf die Sondierung und Bearbeitung eines allgemein als riskant eingeschätzten Zustands“ verlagert und es darum geht, „die möglichen Gefahrenquellen erst zu ermitteln“ (Uwe Volkmann, Polizeirecht als Sozialtechnologie, NVwZ 2009, 216 [216]). Instrukтив

Bereich der Gefahrenvorsorge stattfindende Maßnahmen eine eher geringe Eingriffsintensität aufweisen, mag man angesichts veränderter Bedrohungslagen<sup>33</sup> von bislang anerkannten Mindestanforderungen an Gefahrenprognosen abrücken. Das vom Bundeskabinett im Januar 2017 beschlossene und vom Bundestag mittlerweile gebilligte Anlegen elektronischer Fußfesseln<sup>34</sup> oder gar die von mehreren Innenministern schon früh in die Diskussion gebrachte<sup>35</sup> präventive Inhaftierung von Gefährdern<sup>36</sup> werden sich jedoch – abgesehen von grund- und vor allem auch völkerrechtlichen Zweifeln an deren Zulässigkeit<sup>37</sup> – kaum rechtfertigen lassen, wenn „zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhal-

hierzu auch: Manfred Baldus, Entgrenzungen des Sicherheitsrechts – Neue Polizeirechtsdogmatik, Verw 47 (2014), 1; Christian Calliess, Vorsorgeprinzip und Beweislastverteilung im Verwaltungsrecht, DVBl. 2001, 1725 (1727).

- 33 Die Feststellung, man habe es mit neuartigen Bedrohungslagen zu tun, welche die Erwartungen an das Polizei- und Sicherheitsrecht verändern und die Implementierung neuer Handlungsinstrumente erforderlich machen können, kommt auch von Autoren, die einer affirmativen Sicherheitsrhetorik unverdächtig sind. Siehe bspw. Wolfgang Hoffmann-Riem, Freiheit und Sicherheit im Angesichts terroristischer Anschläge, ZRP 2002, 497 (498), demzufolge es „in vielem sinnvoll und notwendig“ sei, dass „der Staat neue Möglichkeiten nutzt und auf neue Gefährdungslagen auch mit neuen Instrumenten reagiert“. Erhard Denninger, Freiheit durch Sicherheit, KJ 2002, 467 (472), skizzierte schon kurz nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 das Neuartige der vom internationalen Terrorismus ausgehenden Bedrohungslage und sprach in Bezug auf das Polizei- und Sicherheitsrecht von einem „tiefgreifenden Wandel des empirischen Normbereichs dieser Materie“. Siehe schließlich auch: Friedrich Schoch, Abschied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats?, Der Staat 43 (2004), 347 (362 und 366 f.).
- 34 Hierzu: Ansgar Heveling/Jan Korte, Fußfesseln für Gefährder?, DRiZ 2017, 50 f.; Josef Franz Lindner/Alexander Bast, Die »elektronische Fußfessel« als Instrument des Polizeirechts?, DVBl. 2017, 290.
- 35 Bereits im Jahr 2005 stellte der damalige Bundesinnenminister *Otto Schily* im Gespräch mit *Heribert Prantel* in Bezug auf gefährliche Personen, die nicht abgeschoben werden können, die wohl nur rhetorisch gemeinte Frage, ob es „völlig außerhalb des Denkbaren [ist], dass man sie für einen gewissen Zeitraum in Gewahrsam nimmt, zur Gefahrenabwehr und zur Sicherheit der Bevölkerung“ (»Einsperren zur Vorbeugung – wenn tödliche Gefahr droht«, SZ vom 3. August 2005, 5). Zwei Jahre später warf der Nachfolger im Amt des Bundesinnenministers, *Wolfgang Schäuble*, die Frage auf, ob man Internierungen aufgrund der Anwendung des Kombattantenstatus auf Terrorverdächtige vornehmen solle („Es kann uns jederzeit treffen“, Der Spiegel, Heft 28, 2007, 31 ff.).
- 36 Zur Präventivhaft im Zusammenhang mit der Bekämpfung des internationalen Terrorismus: Susanne C. Walther, Präventivhaft für terrorismusverdächtige „Gefährder“: eine Option für Deutschland?, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2007, 464 (469 ff.); Christian Tomuschat, Internationale Terrorismusbekämpfung als Herausforderung für das Völkerrecht, DÖV 2006, 357 (363 ff.). Aufschlussreich auch die Diskussionen zur Präventivhaft in den USA nach dem 11. September 2001: David Cole, The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot, Yale Law Journal 113 (2004), 1753; Daniel Kanstroom, Criminalizing the Undocumented: Ironic Boundaries of the Post-September 11<sup>th</sup> "Pale of Law", North Carolina Journal of International Law 29 (2004), 639.
- 37 Zum Einfluss der Rechtsprechung des EGMR auf die Beurteilung deutscher Regelungen zum Präventiv- oder Unterbindungsgewahrsam unter Berücksichtigung von Art. 5 EMRK: Daniela Demko, Der hinreichende Tatverdacht nach Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK bei „conventional“ und „terrorist crime“, HRRS 2004, 95; Gerd-Harald Friedersen/Malte Petersen, Vorbeugende Sicherungshaft für Terroristen – die Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention und die Rechtslage nach deutschem Recht, NordÖR 2005, 516; Martin Heidebach, Der polizeiliche Präventivgewahrsam auf konventionsrechtlichem Prüfstand, NVwZ 2014, 554; Daniela Heinmann/Judith Hilker, Zur Vereinbarkeit der Präventivhaft mit Artikel 5 EMRK, DVBl. 2012, 1467; Jan Martin Hoffmann, Konventionskonformität des Präventivgewahrsams, NVwZ 2015, 720; ders., Der gefahrenabwehr-



ten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird.“<sup>38</sup> Daher bleibt die Herausforderung bestehen, angesichts der vermutlich inkompatiblen Funktionslogiken des an Freiheit und Autonomie des Einzelnen orientierten liberalen Rechtsstaats einerseits und des an Sicherheit und Effizienz orientierten Gefahrenvorsorgestaates andererseits<sup>39</sup> Alternativen zu den Begriffen und Grenzziehungen des klassischen Gefahrenabwehrrechts zu entwickeln. Solche sind allerdings erst in Ansätzen vorhanden.

### 1. »Gefahrverdacht«

Vorgeschlagen wird beispielsweise, umzustellen auf einen „umfassender im Sinne aller (auch abstrakterer) Verdachtslagen im Blick auf möglicherweise bestehende Gefahren“<sup>40</sup> verstandenen neuen Leitbegriff des »Gefahrverdachts«. Anders als beim hergebrachten Gefahrenverdacht, der durch Ungewissheiten über das tatsächliche Vorliegen einer Gefahr gekennzeichnet ist, sich aber bereits auf einen konkret absehbaren Kausalverlauf bezieht und Gefahrerforschungseingriffe erlaubt, soll beim abstrakten Gefahrverdacht mangels konkret absehbarem Kausalverlauf „auf der Basis allgemeinerer Verdachtsmomente erst herausgefunden werden, welche konkreten Verdachtsmomente es gibt“, wobei der hier im Zentrum stehende Gefährder unter den „personenbezogenen abstrakten Gefahrverdacht“ zu subsumieren wäre.<sup>41</sup> Freilich würde damit der Gefahrenbegriff in der Sache „nur für eine allgemeinere Kategorie des Risikos geöffnet“,<sup>42</sup> ohne dass allerdings

rechtliche Präventivgewahrsam und die Europäische Menschenrechtskonvention, NVwZ 2013, 266; Joachim Renzikowski/Reimund Schmidt-De Caluwe, Menschenrechtliche Grenzen des polizeilichen Unterbindungsgewahrsams, JZ 2013, 289; Nils Schaks/Matthias Schneider, Zur menschenrechtlichen Zulässigkeit des polizeirechtlichen Präventivgewahrsams, LKV 2014, 203; Kay Wachter, Unterbindungsgewahrsam mit EMRK unvereinbar, NVwZ 2014, 995; EGMR, NVwZ 2014, 43 – Ostendorf/Deutschland; EGMR, NVwZ 2012, 1089 – Schwabe und M.G./Deutschland; EGMR, NVwZ 2006, 797 – Epple/Deutschland.

38 So die Herabsenkung der Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs für Überwachungsmaßnahmen im Bereich der Straftatverhütung durch das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum BKAG: BVerfG, NJW 2016, 1781 (1785, 1791 und 1795). Hierzu auch: Thomas Darnstädt, Ein personenbezogener Gefahrbegriff, DVBl. 2017, 88 (93).

39 Zu dieser treffenden Unterscheidung und den sich daraus ergebenden Herausforderungen: Erhard Denninger, Freiheit durch Sicherheit, KJ 2002, 467 (470). Einige Seiten später spricht *Denninger* von einer „strukturellen Diskrepanz zwischen einem rechtsstaatlich entwickelten Rechtssystem und dem Versuch, ein *sicherheitspolitisches Präventivprogramm* mit transnationalen Bezügen in dieses System einzubauen, d.h. in dessen Begrifflichkeit und Systematik auszudrücken. Kurz gesagt: Die Schwierigkeiten haben ihren Grund in der Inkompatibilität der beiden Funktionslogiken. Die Imperative der Prävention sprengen die Umzäunungen rechtsstaatlicher Begriffe“ (Hervorheb. i.O.).

40 Markus Möstl, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts, DVBl. 2007, 581 (587 mit Fn. 71).

41 So der Vorschlag von: Markus Möstl, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts, DVBl. 2007, 581 (587 f.), der neben dem personenbezogenen noch den „rein lagebezogenen abstrakten Gefahrbegriff“ vorsieht, wie er etwa bei der Schleierfahndung oder der Videoüberwachung öffentlicher Straßen und Plätze Anwendung finde. Siehe auch: ders., Das Bundesverfassungsgericht und das Polizeirecht, DVBl. 2010, 808 (810 f.).

42 Uwe Volkmann, Polizeirecht als Sozialtechnologie, NVwZ 2009, 216 (220).

Rationalisierungskriterien zur Ausfüllung des Gefahrverdachtsbegriffs zur Verfügung stünden.<sup>43</sup>

## 2. »Risiko«

Ganz ähnliches gilt für den an diesen Einwand anknüpfenden und die längst gängige Praxis gerichtlicher Entscheidungen reflektierenden Vorschlag, gleich auf Risiken abzustellen und sodann je nach der Schwere des jeweiligen Eingriffs differenzierte Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des befürchteten Schadens zu entwickeln.<sup>44</sup> Denn wie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie deren Kommentierung in Medien und Rechtswissenschaft eindrücklich vor Augen führen, würde sich aufgrund der Vielzahl nahezu beliebig austauschbarer und zum Teil gar nicht objektivierbarer Kriterien, wie einer gerade in Bezug auf Maßnahmen gegen als Gefährder eingeschätzte Personen wahrscheinlichen Stigmatisierungswirkung,<sup>45</sup> wohl schon kein Konsens über die Schwere eines Eingriffs erzielen lassen.<sup>46</sup>

## 3. Gefahrenabwehrrecht und Gefahrenaufklärungsrecht

Eine weitere Möglichkeit könnte darin bestehen, die auch beim terroristischen Gefährder zusammenlaufenden unterschiedlichen Handlungskompetenzen und Regelungsansprüche, die in einem als Risikosteuerung konzipierten Polizei- und Sicherheitsrecht kombiniert werden, wieder stärker voneinander abzuschichten und in einem von Eingriffen in Kausalverläufe geprägten Gefahrenabwehrrecht klassischen Zuschnitts einerseits und einem mit rein informationellen Befugnissen ausgestattetem und im Vorfeld der Gefahrenbekämpfung operierenden „Gefahrenaufklärungsrecht“<sup>47</sup> andererseits zu verorten, um so die rechtsstaatlich-begrenzende Funktion der einzelnen Aufgabenzuweisungen zu re-

43 Nach: Markus Möstl, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts, DVBl. 2007, 581 (588) soll die Rationalisierung des Gefahrverdachtsbegriffs über unterschiedliche Verdachtsstufen laufen, welche sich wiederum nach der jeweiligen Schwere des Eingriffs richten.

44 So: Uwe Volkmann, Polizeirecht als Sozialtechnologie, NVwZ 2009, 216 (220), der allerdings so-gleich selbst die Kritik an einem derartigen Vorgehen formuliert.

45 Das Bundesverfassungsgericht hat eine potentielle Stigmatisierungswirkung staatlicher Eingriffsmaßnahmen wiederholt als relevantes Kriterium für die Frage nach der Schwere eines Eingriffs hervorgehoben. Siehe z.B.: BVerfGE 115, 320 (351 ff.); 133, 277 (351); vgl. andererseits die abweichende Meinung der Richterin Haas in der Entscheidung zur Rasterfahndung: BVerfGE 115, 320 (372 f.). Zum Zusammenhang von Recht und Stigmatisierung, Regulierung und Sterotypisierung: Susanne Baer, Rechtssoziologie, 2. Aufl., Baden-Baden 2015, § 4 Rn. 62; Wolfgang Hoffmann-Riem, Freiheit und Sicherheit im Angesichts terroristischer Anschläge, ZRP 2002, 497 (497 ff.).

46 Immer wieder genannte Kriterien, die für die Bestimmung der Schwere eines Eingriffs in Grundrechte, genannt werden, sind neben der in der vorherigen Fußnote bereits erwähnten Einschüchterungs- und Stigmatisierungswirkung staatlicher Eingriffsmaßnahmen deren Heimlichkeit, ihre Streubreite, die Verdachts- und Anlasslosigkeit oder die Nachteile, die für die Betroffenen entstehen (können). Siehe m.w.N. nur: BVerfGE 115, 320 (352 ff.).

47 So: Markus Möstl, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts, DVBl. 2007, 581 (584 f.), der allerdings hervorhebt, dass das „Polizeirecht der Risikogesellschaft“ gerade kein „Risikoverwaltungsrecht“ sei, sondern das Gefährdeseitigungs- und das Gefahrenaufklärungsrecht bei aller dogmatischen Unterschiedlichkeit „natürlich zusammen [gehören]“.

aktivieren.<sup>48</sup> Gerade in Bezug auf die neue Figur des Gefährders werden jedoch die Probleme eines solchen Ansatzes deutlich: Denn der Gefährder im terroristischen Sinne findet sich erstens in verschiedenen gesetzlichen Regelungsmaterien wieder, die vom Aufenthalt-, Ausländer- und Asylrecht über das Vereinsrecht, das Melde- und Passrecht, das Strafrecht bis hin zum Polizei- und Sicherheitsrecht von Bund und Ländern reichen.<sup>49</sup> Zweitens zieht der terroristische Gefährder ja gerade eine Vielzahl von denkbaren Maßnahmen auf sich, die zwar mit der Gewinnung von Daten und Informationen beginnen, dann aber in ein breites Arsenal klassischer Gefahrenabwehrmaßnahmen münden können. Damit evoziert der neue Gefährdertypus drittens aber auch die institutionalisierte und verfestigte Zusammenarbeit von ehemals stärker getrennt voneinander arbeitenden Sicherheitsbehörden (Polizei und Geheimdienste) und sonstigen staatlichen Einrichtungen (wie z.B. Sozial-, Ausländer- und Meldebehörden) sowie damit verbunden eine Auflösung der Grenzen ehemals voneinander geschiedener Handlungsbereiche.<sup>50</sup> Bedingt wird dies durch das staatliche Bemühen um einen gesamthaften Zugriff auf neuartige Bedrohungssituationen,<sup>51</sup> in denen es unter anderem überhaupt erst einmal gilt, jene Personen zu identifizieren, die möglicherweise ein Risiko darstellen und die in der Folge deshalb als Gefährder eingestuft werden.<sup>52</sup> Vor diesem Hintergrund bedeutet aber jede Form der Entflechtung, sei sie institutioneller oder informationeller Art, eine Erschwerung der

48 Uwe Volkmann, *Polizeirecht als Sozialtechnologie*, NVwZ 2009, 216 (220 f.).

49 Insgesamt hierzu: Johannes Saurer, *Die Ausweitung sicherheitsrechtlicher Regelungsansprüche im Kontext der Terrorismusbekämpfung*, NVwZ 2005, 275 (276).

50 Diese Entwicklungen sind vielfach beschrieben worden und insb. anlässlich der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Antiterrordateigesetz (BVerfGE 133, 277), das einen Informations- und Datenverbund zwischen verschiedenen Polizeibehörden, Nachrichtendiensten und weiteren Behörden konstituiert, erneut entfacht worden. Zu dieser Entscheidung sowie allgemein zu dem hinsichtlich seiner rechtlichen Verankerung und Reichweite umstrittenen Trennungsgebot: Uwe Volkmann, *Verbund oder Trennung*, Jura 2014, 820 (823 ff.); Clemens Arzt, *Antiterrordatei verfassungsgemäß – Trennungsgebot tot?*, NVwZ 2013, 1328; Klaus Ferdinand Gärditz, *Anmerkung*, JZ 2013, 633. Zur Situation nach der Gerichtsentscheidung, insb. zum neuen § 6a ATDG: Dominic Hörauf, *Das neue Antiterrordateigesetz*, NVwZ 2015, 181; Thomas Petri, *Das Gesetz zur Änderung des Antiterrordateigesetzes – rechtsstaatliche Korrektur gelungen?*, ZD 2014, 597, ders., *Die Antiterrordatei - Prototyp für verfassungswidrig ausgestaltete Verbunddateien?*, ZD 2013, 3. Ausführlicher zu der hier nur skizzierten Entwicklung: Martin Kutscha, in: Roggan/Kutscha, *Handbuch zum Recht der inneren Sicherheit*, 2. Aufl. 2006, 79 ff.; Nils Bergemann, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 5. Aufl. 2012, Kap. H Rn. 1 ff.; Thomas Petri, in: Lisken/Denninger (ebd.), Kap. G Rn. 467; Christoph Gusy, *Das verfassungsrechtliche Gebot der Trennung von Polizei und Nachrichtendiensten*, ZRP 1987, 45; ders., *Das gesetzliche Trennungsgebot zwischen Polizei und Verfassungsschutz*, Verw 24 (1991), 467; Heinrich Amadeus Wolff, *Die Grenzverschiebung von polizeilicher und nachrichtendienstlicher Sicherheitsgewährleistung*, DÖV 2009, 597.

51 Siehe hierzu nur: Uwe Volkmann, *Verbund oder Trennung*, Jura 2014, 820 (822 f.).

52 Zeigen lässt sich dies bspw. an der Arbeitsgruppe „Statusrechtliche Begleitmaßnahmen“ (AG Status), die im Juni 2005 durch das Bundesministerium des Innern eingerichtet worden ist. Unter Federführung des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge (BAMF) bei ständiger Teilnahme des Bundesamtes für den Verfassungsschutz, des Bundeskriminalamtes sowie anlassbezogen involvierter Bundes- und Landesbehörden bzw. des Bundesnachrichtendienstes, des Generalbundesanwaltes und des Zollkriminalamtes bildet die AG eine von zehn Arbeitsgruppen innerhalb des Gemeinsamen Terrorismusabwehrzentrums (GTAZ). Die wesentliche Rolle der AG besteht ausweislich einer Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage „in der frühzeitigen Identifizierung von Personen mit einem islamistisch-extremistischen oder islamistisch-terroristischen Hintergrund, die als Adressaten von ausländer-, asyl- oder staatsangehörigkeitsrechtlichen Maßnahmen

Aufgabenerfüllung und eine Einschränkung der mit einem solchen Polizei- und Sicherheitsrecht avisierten Wirkungen.<sup>53</sup> Zudem ließe sich eine Separierung der beiden Bereiche der Gefahrenabwehr und der Gefahrenaufklärung ohnehin nur dann durchhalten, wenn die – im Übrigen ganz unterschiedliche Eingriffsintensitäten aufweisenden – Informationsgewinnungsbefugnisse tatsächlich strikt von den operationellen Befugnissen getrennt wären, was aber eben gerade jenem Trend der letzten Jahren zuwiderläuft, einerseits Nachrichtendiensten Aufgaben der Kriminalitätsbekämpfung zu übertragen und sie mit operationellen Zwangsbefugnissen auszustatten und andererseits Polizeibehörden zunehmend im Vorfeld der Gefahrenabwehr angesiedelte informationelle Handlungsermächtigungen einzuräumen.<sup>54</sup> Im Ergebnis sind, wie sich gerade an der Figur des terroristischen Gefährders zeigt, die Bereiche der Gefahrenvorsorge und der Gefahrenabwehr derart eng miteinander verzahnt, dass Zweifel an der Berechtigung und Sinnhaftigkeit der Ausbildung divergenter Teildogmatiken des Polizei- und Sicherheitsrechts angebracht sind.

#### 4. Verfahrensrechtliche Sicherungen

Schließlich kann auch der immer wieder ins Spiel gebrachte Vorschlag, abgesenkte Eingriffsvoraussetzungen und die damit notwendigerweise verbundenen Erweiterungen des Kreises potentieller Adressaten polizeilicher Maßnahmen durch Verfahrensanforderungen zu kompensieren,<sup>55</sup> nicht restlos überzeugen. Es mag sein, dass Behördenleiter- oder Richtervorbehalte, unabhängige Kontrollstellen, Dokumentations-, Berichts- und Evaluationspflichten, verbindliche und nachvollziehbare Maßnahmekonzepte sowie Auskunfts- und Löschungsansprüche wirksame Mittel gegen die Gefahr einer rechtsstaatlichen Entfesselung des Polizei- und Sicherheitsrechts sein können. Bezieht man jedoch empirische Untersuchungen zur Anordnungspraxis bei der Telefonüberwachung oder auch Erfahrungen außerhalb des Polizeirechts mit ein, ist nicht auszuschließen, dass ihre begrenzende und disziplinierende Wirkung überschätzt wird und sie die durch Gefahrenvorsorgemaßnahmen bedingten Freiheitseinbußen nicht hinreichend zu kompensie-

zur Abwehr einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit in Betracht kommen“ (BT-Drs. 18/2725, 10). Ein weiteres Beispiel ist die im Jahr 2004 vom bayerischen Staatsministerium gegründete Arbeitsgruppe BIRGiT (Beschleunigte Identifizierung und Rückführung von Gefährdenden aus dem Bereich des islamistischen Terrorismus/Extremismus), die eine Vernetzung verschiedener Behörden und die möglichst effiziente Anwendung aufenthaltsrechtlicher Vorschriften im Interesse der Terrorismusbekämpfung sicherstellen soll (hierzu: Walter Buggisch/Walter Knorz, Terrorismusbekämpfung einmal anders, *Kriminalistik* 2006, 226; Franz Robert Mathe, Die Arbeitsgruppe BIRGiT des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, EA-Info 2007, 3).

53 Uwe Volkmann, *Polizeirecht als Sozialtechnologie*, *NVwZ* 2009, 216 (220 f.).

54 Uwe Volkmann, *Verbund oder Trennung*, *JA* 2014, 820 (828), spricht von der »Verpolizeilichung« der Nachrichtendienste und der »Vernachrichtendienstlichung« der Polizei. Ähnlich auch die Darstellung bei: Hans Peter Bull, *Verfassungsschutz und/oder polizeilicher Staatsschutz?, Recht und Politik* 2015, 2 (6); siehe ferner: Manfred Baldus, *Entgrenzungen des Sicherheitsrechts – Neue Polizeirechtsdogmatik*, *Verw* 47 (2014), 1 (3 f.); monographisch hierzu schließlich: Sebastian Söllner, *Die Verpolizeilichung*, Köln 2011, insb. 21 ff.

55 Siehe hierzu: Ralf Poscher, *Sicherheitsverfassungsrecht im Wandel*, in: Vesting/Korioth (Hrsg.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, Tübingen 2011, 245 (254 ff.); Martin Kutscha, *Rechtsschutzdefizite bei Grundrechtseingriffen von Sicherheitsbehörden*, *NVwZ* 2003, 1296 (1297 ff.); Friedrich Schoch, *Abschied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats?*, *Der Staat* 43 (2004), 347 (367 f.).

ren in der Lage sind.<sup>56</sup> Zudem führt ihre Verankerung in Gesetzen ebenso wie Forderungen nach der semantischen Präzisierung von Eingriffsnormen zu immer komplizierteren, längeren und unübersichtlicheren und deshalb in der Praxis wohl kaum noch handhabbaren Regelungen.<sup>57</sup>

## VI. Unbefriedigendes Fazit

So macht die Figur des Gefährders, wie sie im Zusammenhang mit der Bekämpfung terroristischer Bedrohungslagen aktuell diskutiert wird, im Ergebnis deutlich, dass es für das Polizeirecht im Allgemeinen und die rechtliche Erfassung des terroristischen Gefährders im Besonderen an dogmatisch befriedigenden Lösungsansätzen noch fehlt. Die alten Begriffe und Methoden passen nicht mehr, neue sind noch nicht gefunden. Rechtswissenschaft und Rechtsprechung stehen daher vor der Herausforderung, rechtsstaatlich und grundrechtlich eingehegte Instrumente der polizeilichen Risikovorsorge zu entwickeln. Sicher ist hierbei nur, dass historisch, terminologisch und theoretisch auch in der Diskussion um den Gefährder nicht selten unzureichend reflektierte Rückgriffe auf eine der Verfassung angeblich voraus liegende Sicherheitsgewährleistungsaufgabe des Staates oder die Reaktivierung von Staatszwecklehren<sup>58</sup> der damit verbundenen Komplexität ebenso wenig gerecht werden wie die Postulierung eines die Abgrenzungsfunktion von Freiheitsrechten desavouierendes Grundrechts auf Sicherheit<sup>59</sup> oder die Ausrufung von Aus-

56 Skepsis z.B. bei: Martin Kutscha, NVwZ 2003, 1296 (1298 ff.); optimistischer hingegen: Ralf Poscher, ebd.

57 Besonders die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz (BVerfG, NJW 2016, 1781) mit seinen Forderungen nach flankierenden verfahrensrechtlichen Maßnahmen war Anlass für eine entsprechende Kritik: Abweichende Meinung *Schluckebier*, BVerfG, NJW 2016, 1781 (1811 und 1814); verbunden mit der Kritik am Bundesverfassungsgericht als „einer Art Polizeischule“ auch: Matthias Wiemers, Anmerkung, NVwZ 2016, 839 (840); ähnlich: Franz Josef Lindner/Johannes Unterreitmeier, Die „Karlsruher Republik“ – wehrlos in Zeiten des Terrors?, DÖV 2017, 90 (93).

58 Siehe etwa: Christian Calliess, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, 321 (321): „Fundamentalstaatszweck Sicherheit“ bzw. „Gewährleistung des Schutzes der Bürger durch den Staat“ als der „staats- und (konkreter) vertragstheoretischen Grundlage des Verfassungsstaates.“ Otto Depenheuer, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, 78. EL September 2016, Art. 87a Rn.3, nennt die „Staatsaufgabe „Sicherheit““, welche „unabdingbare Vorgabe einer jeden Verfassungsgebung“ sei. Auch das Bundesverfassungsgericht spricht von der „Verfolgung der fundamentalen Staatszwecke der Sicherheit und des Schutzes der Bevölkerung“, betont aber zugleich, dass absolute Sicherheit weder rechtlich noch faktisch zu haben ist und erinnert an die rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Bindungen des Staates auch bei der Verfolgung von Terroristen (BVerfGE 115, 320 (358); affirmativer allerdings noch in der aufgeregten Phase der Bekämpfung der Roten-Armee-Fraktion: BVerfGE 49, 24 [58 f.]). Erhellend zur „erstaunliche[n] Renaissance des Sicherheitsbegriffs und der Staatszwecklehre“: Christoph Möllers, Der vermisste Leviathan, Frankfurt a.M. 2008, 86 f.

59 Anknüpfend an den im Jahr 1982 vor der Berliner Juristischen Gesellschaft gehaltenen Vortrag von: Josef Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin/New York 1983, wird angesichts terroristischer Bedrohungen neuerdings sogar die Forderung nach Aufnahme eines Grundrechts auf Sicherheit in das Grundgesetz erhoben: Franz Josef Lindner/Johannes Unterreitmeier, Die „Karlsruher Republik“ – wehrlos in Zeiten des Terrors?, DÖV 2017, 90 (98). Überzeugende Kritik an der Postulierung eines „Grundrechts auf Sicherheit“ dagegen bei: Peter-Alexis Albrecht, Die vergessene Freiheit, KritV 86 (2003), 125 (128 f.); Erhard Denninger, Der Präventions-Staat, KJ 1988, 1 (1 und 13); ders., Freiheit durch Si-

nahmezuständen, in denen exekutive Einschätzungen, Beurteilungen und Maßnahmen zulasten des demokratisch legitimierten Gesetzgebers die Oberhand gewinnen.<sup>60</sup> Da die Figur des Gefährders das Recht gerade im Hinblick auf dessen Umgang mit Unwissen und Zeit herausfordert, lohnt vielleicht ein Blick auf jene Gebiete des Verwaltungsrechts, die sich anders als das Gefahrenabwehrrecht nicht nur mit „Ungewissheitssituationen“<sup>61</sup> im Sinne des dem Gefahrenbegriff schon immer eigenen prognostischen Elements befassen, sondern spezifisch und länger mit Risikokonstellationen und darauf abgestellten Steuerungstechnologien arbeiten.<sup>62</sup>

cherheit, KJ 2002, 467 (472); Günter Frankenberg, Kritik des Bekämpfungsrechts, KJ 2005, 370 (374 und 376); Ulrich K. Preuß, Das ambivalente Grundrecht auf Sicherheit, in: Bürger kontrollieren die Polizei (Hrsg.), Die unheimliche Sicherheit, 4. Aufl., Bremen 1987, 40.

60 Otto Depenheuer, Selbstbehauptung des Rechtsstaates, Paderborn 2007, 35 ff. Kritisch zur „Normalisierung des Ausnahmezustandes“ hingegen: Maria Laura Böhm, Der ‚Gefährder‘ und das ‚Gefährdungsrecht‘, Göttingen 2011, 238 f.; Günter Frankenberg, Kritik des Bekämpfungsrechts, KJ 2005, 370 (371 f.).

61 Carsten Kremer, Ungewissheit im Sicherheitsverwaltungsrecht, in: Ino Augsberg (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht, Tübingen 2013, 195 (204).

62 Zum Umgang mit Wissen und Nichtwissen im Verwaltungsrecht siehe die Beiträge in: Hans Christian Röhl (Hrsg.), Wissen – Zur kognitiven Dimension des Rechts, Berlin 2010 (Verw Beihft 9); Ino Augsberg (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht, Tübingen 2013, sowie zum „Verwaltungsrecht als Informations- und Kommunikationsordnung“, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-ABmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl., München 2012, §§ 20 ff.