

## Sicherheitsgesetzgebung\*

### Summary

*Homeland security requires legislative legitimacy. But what contribution can laws make to creating and maintaining security besides that of providing legitimacy? Do the laws steer the security agencies or do these steer legislation? The concept of “security law” and “security legislation” has not yet been established in legal jargon. Questions about a system functionally suited to the separation of powers and democratic legitimation are to be formulated here with the background of recent policy analysis and legislative science. In addition, possibilities for answers will be shown.*

### Résumé

*La sécurité intérieure doit s'appuyer sur la légitimité de la loi. Mais, au-delà de l'acceptation de cette légitimité, quelle est la contribution des lois visant à établir durablement la sécurité? Les lois orientent-elles l'action des organes de sécurité? Ou est-ce le contraire qui est vrai? Les concepts de droit et de législation « sur la sécurité » n'ont pas véritablement pris racine dans le langage juridique. Les questions traitant d'un système fonctionnel de séparation des pouvoirs et de légitimité démocratique doivent être ici posées dans le cadre d'une analyse novatrice d'un domaine politique et d'une théorie novatrice des lois dans leur ensemble; et différentes pistes clairement identifiables doivent ainsi être tracées.*

## I. Der Ausgangspunkt: Sicherheit als Exekutivaufgabe

### 1. Politikfeld Innere Sicherheit

„Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung... zu treffen ist das Amt der Polizey“. Was § 10 Teil II Titel 17 *des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten* (ALR) von 1794 anordnete,<sup>1</sup> war und ist ein Allgemeinplatz: *Sicherheit ist Exekutivaufgabe*. Und jene Aufgabenzuordnung wurde durch die Generalklausel auch weniger hergestellt als vielmehr festgestellt: Was fortan der „Policey“ zufallen sollte, wurde schon in der Vergangenheit von – allerdings unterschiedlich or-

---

\* Für grundlegende Diskussionen und wichtige Hinweise danke ich sehr herzlich Herrn Prof. Dr. D. Sack, Bielefeld. Anregungen gaben auch Herr Dr. M. Köter, Berlin, sowie die Kooperationspartner/innen und Mitarbeiter/innen des BMBF-geförderten Projekts „Sicherheitsgesetzgebung“ an den Universitäten Witten/Herdecke und Bielefeld. Mein besonderer Dank gilt Frau wiss. Mit. Annika Kapitza.

1 Zu seiner Bedeutung für die heutigen polizeilichen Generalklauseln, vgl. etwa *Unruh*, DVP 1981, 239.

ganisierten und benannten – Behörden wahrgenommen. Und an der Zuordnung zur Exekutive änderte sich auch mit dem Einzug der Gewaltenteilungslehre in das deutsche Recht und die deutsche Rechtswissenschaft grundsätzlich nichts. Was schon zuvor vorgefunden worden war, wurde nun in das neue Schema der Staatsorganisation übernommen und integriert. Und was dort für die *innere Sicherheit* galt, gilt erst recht für deren äußere Dimension: Sie war und blieb in *Deutschland* lange Hausgut der Exekutive.

Jene Zuordnung ist kein deutsches Spezifikum.<sup>2</sup> Aber auch hier zeigt sie sich bis in die Gegenwart hinein: Das *Recht der inneren Sicherheit* ist Verwaltungsrecht. Sicherheit ist eine klassische Hoheitsaufgabe und kann nach Art. 72 AEUV<sup>3</sup> den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten bleiben. In *Deutschland* ist sie nach Art. 33 Abs. 4 GG regelmäßig von Beamten wahrzunehmen.<sup>4</sup> Und die jüngere Diskussion um die Sicherheitsarchitektur in *Deutschland* wie auch in Europa bezieht sich ganz zentral auf die Organisation und Kooperation von Sicherheitsbehörden im deutschen und europäischen Mehrebenensystem.<sup>5</sup>

Was Rechtsordnung und Rechtswissenschaft vorgeben, wurde auch zu einem Ausgangspunkt der *Politikwissenschaft*. Die klassische Politikfeldanalyse<sup>6</sup> untersucht akteursbezogen die in dem Politikfeld handelnden Institutionen und Personen; fragt inputbezogen nach den von ihnen beanspruchten Legitimationsgrundlagen und outputbezogen nach den von ihnen erbrachten Leistungen für das politische System und die Bürger. In diesem Sinne steht das Politikfeld Innere Sicherheit „für den Teilbereich des politischen Systems, welcher die Handelnden (Akteure), die Strukturen bzw. Institutionen (Polity), die Entscheidungsprozesse (Politics) und die materiellen Inhalte bzw. Programme (Policy) enthält, die an der Herstellung der Politik der inneren Sicherheit beteiligt sind und diese kennzeichnen“. Dazu geht sie regelmäßig vom institutionentheoretischen Ansatz aus und unterscheidet in einem konzentrischen Sinne *drei Felder der Sicherheitsgewährleistung*: einen Zentralbereich, ein „politisch institutionelles Umfeld“ und ein „korrespondierendes politisches Umfeld“.<sup>7</sup> Als „Zentralbereich“ erscheinen die staatlichen Sicherheitsbehörden, namentlich die Bundes- und Länderpolizeien, die Nachrichtendienste, der Generalbundesanwalt und einzelne Sondereinrichtungen, z.B. die Hausinspektion des deutschen Bundestages. Sie bilden das Zentrum des Politikfeldes, stehen dort allerdings nicht (mehr) allein. Hinzu tritt das „politisch-institutio-

2 Vergleichend *Würtenberger* u.a. (Hg.), *Innere Sicherheit im europäischen Vergleich*, 2012.

3 Zur Reichweite dieses Vorbehalts für Sicherheitsaufgaben *Rossi*, in: Callies/Ruffert, *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 72 Rn. 5 ff.; s. auch *Brechmann*, ebd., Art. 45 Rn. 105 (108) sowie *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2010, Art. 62 Rn. 2.

4 Zur Reichweite dieses Vorbehalts für Sicherheitsaufgaben *Masing*, in: Dreier (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 33 Rn. 64; *Nitz*, *Private und öffentliche Sicherheit*, 2000, S. 427.

5 Dazu früher *Weidenfeld* (Hg.), *Herausforderung Terrorismus*, 2004; *Lange*, in: *Polizei und Wissenschaft*, 2005, S. 52; neuer *Hatje/Nettesheim* (Hg.), *Sicherheit in der EU*, 2009; *Würtenberger* u.a. aaO (Fn. 2).

6 Überblick bei *Lange*, in: Schmidt/Zohnhörer (Hg.), *Innere Sicherheit und Wandel der Staatlichkeit*, 2006, S. 87 (Zitate S. 87, 91, 92 ff.); schon zuvor ganz grundlegend *ders.*, *Innere Sicherheit im politischen System der Bundesrepublik Deutschland*, 1999; aus neuerer Zeit *ders.*, *JBÖS* 2006/2007, 2006, S. 179.

7 Dazu auch *Möllers*, in: Böckenförde/Gareis (Hg.), *Deutsche Sicherheitspolitik*, 2009, S. 131 (134 ff.).

nelle Umfeld<sup>8</sup>. Dazu zählen auf Bundesebene insbesondere der Bundestag, der Bundesrat, der Innen- und Rechtsausschuss, auf Landesebene die jeweiligen Landesparlamente mit ihren Ausschüssen sowie die Innenministerien, die Datenschutzbeauftragten und die Ausbildungsstätten. Ihnen kommen – aufgrund verfassungsrechtlicher oder einfachgesetzlicher Ausgestaltung – gegenüber den Sicherheitsbehörden Lenkungs-, Koordinierungs- und Kontrollfunktionen zu.<sup>8</sup> Den – noch weiter hinzutretenden – Akteuren des „korrespondierenden politischen Umfeldes“ dagegen kommen keine direkten Einflussmöglichkeiten auf die Akteure des Zentralbereichs zu. Ihr Einfluss richtet sich nach ihren jeweiligen Einflussmöglichkeiten und -strategien. Hierzu zählen u.a. die Verbände, Akademien, Parteien und die Medien.<sup>9</sup> Die Beziehungen zwischen exekutiver Sicherheitsgewährleistung und Sicherheitsgesetzgebung erscheinen so eher als eine System-Umwelt-Relation, welche aus der Sicht des Politikfeldes als externe Intervention gedeutet werden kann, aber nicht muss. In einem noch weiteren Umfeld dürfte dann auch die Rechtsprechung stehen, deren Rückwirkungen auf das Politikfeld allerdings bislang noch weniger analysiert sind.<sup>10</sup>

## 2. Gewaltmonopol und kooperative Sicherheitsgewährleistung

Manche Redeweise vom Gewaltmonopol mag den Eindruck erwecken, als sei die Sicherheitsgewährleistung ausschließlich staatlich und hier institutionell-monolithisch verfasst. Doch wäre zumindest diese Folgerung missverständlich: Stellt sich schon die viel diskutierte „Staatsaufgabe (innere) Sicherheit“<sup>11</sup> als überaus differenziert dar, so gilt dies in mindestens demselben Umfang für die Organisation ihrer Wahrnehmung.

### a) Staatliche und private Sicherheitsgewährleistung

Innere Sicherheit ist nicht allein eine Staatsaufgabe. Private wirken an ihrer Wahrnehmung in ganz unterschiedlicher Weise mit. Dass Träger von Rechtsgütern für deren Schutz primär selbst sorgen sollten, ist Grundlage und Funktionsbedingung staatlicher Sicherheitsgewährleistung.<sup>12</sup> Dies gilt für zahlreiche Formen von *Eigensicherung*, teils freiwillig durch die Träger jener Rechtsgüter selbst (Diebstahlsicherungen an Gebäuden, Alarmanlagen, Fahrradschlösser u.a.), teils aufgrund staatlicher Anordnung oder zumindest Initiative (Flughäfen, Kernkraftwerke, Werksfeuerwehren u.a.). Aber auch wer nicht selbst tätig wird, kann staatliche Sicherheitsmaßnahmen initiieren (Strafanzeigen) oder fördern (Zeugenaussagen u.a.). Der private Sektor wird aber nicht nur zur Eigensicherung, sondern auch als Dienstleister tätig, etwa durch Sicherheitsunternehmen, welche sowohl private Rechtsgüter schützen (Bewachungsunternehmen) als auch

8 Umfassend hierzu *Möllers*, aaO (Fn. 7), S. 131 (135).

9 *Möllers*, aaO (Fn. 7), S. 131 (136).

10 Hierzu u.a. *Gareis*, aaO (Fn. 7), S. 91 ff.; *Kulwicki*, Verfassungswandel – Die Wechselwirkung zwischen Grundrechten und informationstechnischen Ermittlungsmethoden, 2011.

11 Zu ihr etwa *Götz*, in: *Isensee/Kirchhof, HStR*, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 85 Rn. 18 ff., 21.

12 *Frenz*, Freiwillige Gefahrenprävention, 2003, S. 80 ff. (86 f.); *Stober*, in: *ders./Olschok*, Handbuch des Sicherheitsgewerberechts, 2004, A I Rn. 4 ff., 13 ff.; *Panne*, ebd., J VII Rn. 13; *Nitz*, aaO (Fn. 4), S. 33 ff.

staatliche Stellen entlasten können (private Unternehmen in Abschiebehaftanstalten, bei der Geschwindigkeitsüberwachung u. a.) oder der Zuwanderungskontrolle durch Fluggesellschaften bzw. Flughafenbetreiber. Noch weiter in den staatlichen Sektor hinein reicht das Anbieten von Sicherheitstechnik oder -dienstleistungen für staatliche Sicherheitsorgane, die Durchführung von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen sowie die Mitwirkung von Privaten bei der Standardsetzung<sup>13</sup> auf allen Ebenen der (Selbst-)Regulierung der Wirtschaft bzw. in Wahrnehmung auch öffentlicher Regulierungsaufträge (etwa in der *Europäischen Union*). Hier hat sich längst ein Sicherheitsmarkt herausgebildet, welcher auch (allerdings relativ hoch regulierten) Marktgesetzen unterliegt. Die viel diskutierten, in jüngerer Zeit gerade im Sicherheitsbereich wegen zu hoher Kosten und zu geringer Erfolge zu Recht kritisierten Erscheinungsformen von Public-Private-Partnership<sup>14</sup> stellen dort nur eine Erscheinungsform unter Vielen dar. Insgesamt lassen sich die Rollen von Staat und Privaten auf dem Feld der Sicherheitsgewährleistung als *sowohl arbeitsteilig wie auch kooperativ* beschreiben.

Der Staat ist also längst kein Monopolist mehr.<sup>15</sup> Und dennoch ist er auf jenem Markt der Sicherheit auch kein Player wie jeder Andere oder wie auf anderen Märkten. Dazu sind seine Aufgaben hier zu dominant. Dies gilt zunächst für seine Rolle als *Marktteilnehmer*. Trotz allen Wachstums der Sicherheitsunternehmen sind die öffentlichen Hände der größte Arbeitgeber und Nachfrager. Dadurch erlangen sie eine relativ hohe, in manchen Bereichen nahezu monopolartige Marktmacht. Polizeiuniformen, Polizeiwaffen und -fahrzeuge haben Privatunternehmen nicht und dürfen sie auch nicht haben. Das gilt erst recht für avancierte Methoden der Kriminalistik und der Kriminaltechnik. Zudem ist der Markt der Sicherheitsgewährleistung zunehmend gespalten: Während die staatlichen Behörden eher anspruchsvolle Aufgaben mit hoch ausgebildetem Personal und hoch entwickeltem technischen Know-how wahrnehmen, haben sich die privaten Dienstleister eher auf einfache Dienstleistungen und Techniken spezialisiert. Diese (möglicherweise) nicht intendierte Folge der polizeilichen Dienst(rechts)reformen<sup>16</sup> zeigte neue Bereiche staatlicher Kompetenzreservate auf, die weder einfach privatisierbar noch von Privaten übernehmbar sind. Und damit zeigen sich jedenfalls sektorale Marktstrukturen, welche den staatlichen Akteuren eine oligopolartige Stellung zukommen lassen. Er ist der größte und bisweilen der nahezu einzige Nachfrager. Daran hat sich trotz mancher Verschiebungen im Zuge der europäischen Einigung noch eher wenig geändert.

13 Hier können in Einzelfällen namentlich bei hoch technisierten Sachverhalten Formen der Abhängigkeit öffentlicher von privaten Standardsetzern auftreten. Dazu am Beispiel des Kerntechnischen Ausschusses Vieweg, Atomrecht und technische Normung. Der Kerntechnische Ausschuss (KTA) und die KTA-Regeln, 1982; s. auch *Kloepfer*, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 3 Rn. 83, § 15 Rn. 21, 70; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 104 Rn. 7 ff., 9; allgemein zur Kritik an der privaten Normgebung *Schmidt-Preuß*, in: *Kloepfer*, Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich, 1998, S. 89 ff.

14 Dazu näher *Stober*, DÖV 2000, 261 ff.; *Müller*, in: *Stober/Olschok*, aaO (Fn. 12), J III Rn. 5 ff.; zur Kritik *Schuppert*, Verwaltungskooperationsrecht, Gutachten, 2001; *ders.*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 307 ff.

15 *Stober*, ZRP 2001, 260 (261); früher *Pitschas*, in: *Schuppert* (Hg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat*, 1999, S. 135 (145, 152); *Gusy/Schewe*, JBÖS 2002/2003, 2003, S. 383 ff.

16 Rückschau bei *Lange*, in: *Würtenberger* u.a. aaO (Fn. 2), S. 107 (118 ff.).

Die Besonderheit des Staates liegt aber nicht nur in seiner Marktmacht, sondern auch in seiner besonders hohen *Regulierungskompetenz*. Während im *Gewährleistungsstaat* Sicherheit keine ausschließlich staatliche Wahrnehmungszuständigkeit mehr begründen kann, wird das Gewaltmonopol nahezu allseitig jedenfalls noch als *Regulierungsauftrag* verstanden.<sup>17</sup> Dieser bezieht sich auf Ziele, Rollen, Mittel und Hilfsmittel und damit auch die staatliche Rolle auf dem Sicherheitsmarkt. Immer noch ist es die staatliche Rechtsordnung, welche Private auf dem Sicherheitsmarkt zulässt – oder eben nicht.<sup>18</sup> Und sie definiert nicht nur das Ob, sondern auch das Wo und Wie, etwa bei der Einbeziehung Privater in die Aufgabenerfüllung der Bundespolizei, zur Sicherung des Luftverkehrs, bei der Privatisierung von Haftanstalten<sup>19</sup> oder der Zulassung privater Überwachung von Tempolimits im Straßenverkehr.<sup>20</sup> Und reguliert ist nicht allein die Ausrüstung der Polizei; reguliert sind auch Ausmaß, Ausrüstungsgegenstände und Hilfsmittel privater Sicherheitsunternehmen und des Selbstschutzes der Bürger (Wegfahrsperren u.a.). Der Markt der Sicherheit ist demnach über die staatliche Marktteilnahme hinaus auch ein *hoch regulierter Sicherheitsmarkt*. Und hier kommt erneut den öffentlichen Händen eine besondere Rolle zu.

Schließlich kommt den staatlichen Stellen eine besonders hohe Rolle bei der Definition und Deutung von Aufgaben und Wirkungen der Sicherheitsgewährleistung zu. Jedenfalls im Kontext der Staatsaufgabe Sicherheit gilt: Die Verteilung von Sachverstand und Aufmerksamkeitschancen zwischen Staat und Privaten ist stark asymmetrisch.

Besonders öffentlichkeitswirksame Erfolge, nämlich die Aufklärung schwerer Straftaten und die Bewältigung von Großschadenslagen liegen faktisch ausschließlich in staatlicher Hand. Dies betrifft nicht nur die Erbringung jener Leistungen, sondern noch mehr deren öffentliche Kommunikation und Deutung. Ein Fahndungserfolg ist dann vielfach auch ein Öffentlichkeitserfolg, welcher den Privaten nur ausnahmsweise zukommt und dort nicht selten wegen besonderer Geheimhaltungsabsprachen mit Auftraggebern, Versicherungen oder der Polizei nicht öffentlich dargestellt werden darf. Wo Sicherheitsaufgaben sichtbare Erfolge aufweisen, sind diese regelmäßig staatlich.<sup>21</sup> Wohlgermerkt die Erfolge, nicht die Erfolgskommunikation: Diese ist medial frei und nicht in behördlicher Hand, vielmehr sind die Behörden hier unter besonderer Beobachtung und hohem Legitimationsdruck.<sup>22</sup> Doch begründet auch diese Rolle *Öffentlichkeitschancen von Behörden*, welche Privaten nicht in vergleichbarer Weise zukommen.

17 Überblick bei *Gusy*, DÖV 1996, 573 (575 ff.).

18 Zu den EU-rechtlichen Ausprägungen dazu EuGH, Slg. 2000, S. I-1221 (Kommission/Belgien); s. auch *Lange*, in: Stober/Olschok, aaO (Fn. 12), C I Rn. 28 ff., 36; zum Staatsangehörigkeitserfordernis für private Sicherheitsdienstleister: EuGH, EuZW 1999, 125; EuZW 2001, 603.

19 Dazu *Winterhoff*, JBÖS 2008/2009, 2009, S. 435 ff.; *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 ff.; *Mühlenkamp*, DÖV 2008, 525 ff.

20 Dazu *Scholz*, NJW 1997, 14 ff.; *Waechter*, NZV 1997, 329 ff.; *Nitz*, NZV 1998, 11 ff.; *ders.* aaO (Fn. 4), S. 72, 73; *Pitschas*, aaO (Fn. 15), S. 135 (139).

21 Krit. aus dem Unternehmensbereich *Waschulewski*, DSD 2007, 11 (12) im Zusammenhang mit der aus seiner Sicht unzureichenden Würdigung des Beitrags privater Sicherheitsdienste durch die Politik nach der Fußballweltmeisterschaft 2006 in Deutschland..

22 Dazu näher *Gusy*, KritV 2010, 111 (124 ff.); *Gusy/Kapitza*, in: Daase u.a. (Hg.), Sicherheitskultur, 2012, S. 45 (56 ff.).

Aber nicht nur in der Öffentlichkeit, sondern auch bei der *Sicherheitsforschung* kommt jedenfalls im engeren polizeilichen Bereich den staatlichen Stellen eine überragende Bedeutung zu. Hier wird Wissen generiert und administriert, welches Grundlage aller Forschung ist. Und hier wird auch dessen Zugänglichkeit administriert.<sup>23</sup> Das gilt erst recht für Kriminalistik und Kriminaltechnik, wo schon aus Geheimhaltungsgründen ein hohes Maß an Vertraulichkeit geboten ist. Doch lässt sich gleichfalls nicht verkennen: Je höher der technische Einschlag des jeweiligen Wissens, desto höher ist der private Anteil an der Wissensgenerierung. Die Entwicklung neuer Waffen, Aufklärungsinstrumente (Nachtsichtgeräte u.ä.) geschieht regelmäßig nicht durch die Polizei selbst, sondern in deren Auftrag durch Private. Hier nun können Marktstrukturen entstehen, welche wegen der Geheimhaltung und der Europäisierung im Vergaberecht der polizeilichen Nachfragemacht eine kleine und tendenziell geschlossene Gruppe von Anbietern gegenüber stellt. Auf solchen bilateral oligopolistischen Märkten stößt die oben beschriebene hohe öffentliche Marktmacht auf Grenzen.

Auf dem Feld der Sicherheitsgewährleistung kommt dem Staat demnach längst kein Monopol mehr zu. Vielmehr sind hier arbeitsteilige und kooperative Prozesse zwischen einem öffentlichen und einem privaten Sektor zu beobachten. Dieser ist gekennzeichnet durch segmentäre Differenzierung, welcher vom polizeilichen Bereich im engeren Sinne einerseits bis zum Bereich technischer Sicherheit andererseits verläuft. In allen Sektoren ist die *Stellung der Teilnehmer asymmetrisch*. Sie ist differenziert nach

- *Marktmachtabhängigkeit*: Wo es allein oder ganz überwiegend staatliche Nachfrager gibt, ist deren Marktmacht besonders hoch.
- *Regulierungsabhängigkeit*: Die Regulierung erfolgt regelmäßig durch die öffentlichen Hände. Ausnahmen gibt es allerdings bei der Setzung technischer Standards dann, wenn diese stark von privater Forschung geprägt und die Nachfragerseite von Privaten dominiert wird (etwa bei technischen Anlagen, welche nicht allein vom Staat betrieben werden).
- *Know-how-Abhängigkeit*: Wo – wie bei der Polizei – Forschungszugänge und -stände ganz überwiegend behördlich geprägt sind, zeigt sich eine Dominanz des staatlichen Sektors.

Allen Wandlungen des Gewaltmonopols zum Trotz ist der „klassische“ Sektor der Sicherheitsgewährleistung immer noch ganz wesentlich staatlich dominiert.

### b) Kompetenzfragen im Mehrebenensystem

Aber auch im staatlichen Sektor ist die exekutive Sicherheitsgewährleistung kein Monolith. Im Gegenteil: Nicht nur die Rechtssetzung, sondern auch die -ausführung ist in vielfältiger Weise differenziert. Und dem entspricht die Behördenorganisation.

*Sicherheit ist* auf dem Gebiet der Exekutive primär *Ländersache*. Diese ungeschriebene Kompetenzzuweisung bezieht sich zunächst auf die Polizei, also Strafverfolgung und Gefahrenabwehr im engsten Sinne. Aber auch im weiteren Sinne ist Sicherheitsverwaltung primär Landesaufgabe. Auf den Gebieten der gewerblichen, technischen,

23 Als Beispiel mag die Erforschung des polizeilichen Schusswaffengebrauchs angeführt werden. Zur Unzulänglichkeit der Angaben, die „nach außen“ durchdringen, Kritik bei Pütter, CILIP 62 (1/99), S. 41 ff.

der Arbeits- und der Umweltsicherheit sind sie primär zuständig, doch teilen sie sich diese vielfach und in unterschiedlicher Weise mit den *Kommunen*. Das gilt immer noch auch für die nachrichtendienstlichen Aufgaben auf dem Gebiet des Verfassungsschutzes. Demgegenüber kommen dem *Bund* nur einzelne, an Bedeutung allerdings sukzessive zunehmende Aufgaben der Sicherheitsadministration zu. Sie folgen dem *Prinzip der funktional limitierten Einzelfallzuweisung* der Art. 86 ff. GG. Allein in Bundeszuständigkeit sind bislang die Luftsicherheit, die Sicherung der Grenzen und einiger staatlicher Einnahmequellen durch Zoll- und Mautverwaltung; hinzu kommen wichtige Mitwirkungsaufgaben bei der Polizei und – schon dominierend – den Nachrichtendiensten; ferner die – hier nicht weiter berücksichtigte – auswärtige und die soziale Sicherheit. Die begrenzten Bundesaufgaben nehmen an Umfang und Bedeutung sowohl rechtlich als auch faktisch zu. Dafür ursächlich ist einerseits die verstärkte europäische Kooperation in zahlreichen Exekutiven, welche zu einer Kompetenzverschiebung nach oben führt. Daneben gilt dies aber auch für die faktische Regel von der Anziehungskraft des größten Etats, welcher gerade auf dem kostenintensiven Gebiet der Verwaltung auch zu einer Hochzoning von Kompetenzen führt.<sup>24</sup> Demgegenüber ist *Europa* auf dem Gebiet der Sicherheitsverwaltung erst in Spurenelementen koordinierend und unterstützend tätig.<sup>25</sup> Zusammenfassend lässt sich festhalten: Charakteristika der Organisation der Sicherheitsverwaltung sind die Aufgabenteilung, die Kooperation und die allmähliche Zentralisierung von Aufgaben.

Diese Vielfalt der Trägerschaft bedeutet zugleich ein hohes Maß an Binnendifferenzierung der Verwaltung. Dabei geht es nicht nur um die Unterscheidung der Ebenen gegeneinander, differenziert sind auch die einzelnen Ebenen selbst. Es sind eben nicht nur „die“ Länder oder „die“ Kommunen, sondern 16 unterschiedliche Länder mit unterschiedlichen Traditionen, Organisationsformen, Kulturen und Standards, welche nebeneinander und bisweilen gegeneinander agieren. Parallele Leitungsstrukturen, Weisungswege und umgekehrt administrative und berufliche Selbstorganisationen auf Länderebene (etwa in Kommunal- oder Berufsverbänden) führen zu einem Nebeneinander, welches „die“ Polizei, „die“ Feuerwehr oder „die“ Gewerbeaufsicht als ein vielfältig differenziertes Gebilde erscheinen lässt, deren Ziele und Mittel im Wettbewerbsföderalismus auch noch in Konkurrenz zueinander stehen können. Und dabei geht es nicht nur um Ausführungsfragen im Einzelfall, sondern auch um Zieldefinitionen und Prioritätensetzungen auch über Behördengrenzen hinweg. Wohlgemerkt, das ist nicht in jedem Sektor so und kann im Einzelfall bei der Feuerwehr ganz anders aussehen als bei der Atomaufsicht (die zudem starken Bundeseinflüssen unterliegt (Art. 87 c GG)). Doch was hier für die Länder nur angedeutet werden konnte, kann sich in Einzelfällen auf der Kommunalebene gleichfalls sektoral noch potenzieren.

Sicherheit als Exekutivaufgabe ist also auch im staatlichen Sektor nicht einheitlich, sondern vielfach binnendifferenziert. Auch hier dominiert nicht Einheitlichkeit, sondern Vielfalt mit unterschiedlichen Behörden, Hierarchien und politischen Differenzierun-

24 Zur Diskussion am Beispiel des Katastrophen- bzw. Bevölkerungsschutzes zuletzt *Pohlmann*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Katastrophenbewältigung, 2012.

25 Überblick bei *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: Schulze/Kadelbach/Zuleeg (Hg.), Handbuch Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 42 Rn. 31; zum neuen Rechtsgebiet des europäischen Sicherheitsverwaltungsrechts grundlegend *Schöndorf-Haubold*, Europäisches Sicherheitsverwaltungsrechts, 2010, S. 39 ff. (50).

gen, welche bisweilen sogar in rechtliche Trennungsgebote münden können.<sup>26</sup> An zahlreichen Schnittstellen entstehen Koordinations- und Selbstkoordinationsbedürfnisse, welche von den Administrationen zum Teil selbst bewältigt werden können, z.T. der Außenkoordination etwa durch Rechtssetzung bedürfen. Dafür gibt es zahlreiche Formen von rechtlich verbindlichen Verträgen – partiell auch mit Drittstaaten wie etwa der Vertrag von Prüm<sup>27</sup> – über Formen technischer Standardisierung bis hin zu informellen Absprachen zwischen unterschiedlichen Trägern oder Behörden. Sie können sowohl auf den einzelnen Ebenen als auch über deren Grenzen hinweg erfolgen. Doch sind ebenenübergreifend die einzelnen „Schienen“ (Länderschienen, Kommunalschienen) keineswegs stets homogen, sondern nicht selten binnendifferenziert nach unterschiedlichen Traditionen, Interessenlagen und Ressourcen. Dabei spielen Parteigrenzen eine, aber keineswegs stets die wichtigste Rolle. Eher geht es um „starke“ oder „schwache“ Träger (gemessen an der Ressourcenausstattung), um traditionale oder reformistische Ansätze, um urbane oder eher ländliche Strukturen, um Verbandsinteressen oder Ressortegoismen. Austragungsorte solcher Abstimmungsbedürfnisse sind dann auch nur z.T. die Behörden- oder Ressortspitzen; hinzu treten vielmehr Interessen von Berufsverbänden, „Fachbruderschaften“ und ad hoc eingesetzten Expertengremien.

Eine derartige Selbstkoordination erlangt eher rechtssetzungsvermeidende als rechtssetzungsauslösende Wirkung. Das gilt etwa für Zieldefinitionen, Standardsetzungen und Ressourcenzuweisungen. Sie ist ein starker Indikator für Probleme (also für Schwächen), aber auch für Problemlösungen (also für Stärken) in der Administration selbst. Sie dient der Selbstdefinition, -austarierung und -stabilisierung der exekutiven Leistungsfähigkeit und Leistungserbringung und entscheidet wesentlich über das Maß und die Formen der Sicherheitserbringung und garantiert sie eine Vielzahl von Vorteilen.<sup>28</sup> Da ist zunächst ein relativ hohes Maß an *Sach- und Fachkunde*, da die Selbststeuerungsleistungen von den Fachleuten in den Exekutiven selbst erbracht werden. Da ist weiter ein relativ hohes Maß an *Problemnähe*, weil die Definition von Handlungsnotwendigkeiten und die Auswahl von Handlungsalternativen von Institutionen bzw. Personen erbracht werden, die auch „vor Ort“ tätig sind und daher die Probleme aus eigener Wahrnehmung und nicht nur aus Medien kennen (können). Und es garantiert ein relativ hohes Maß an *Zeitnähe*, weil die Koordinationsleistungen von der Administration selbst ohne Einschaltung und Mobilisierung dritter externer Stellen erbracht werden können.<sup>29</sup>

Wohlgemerkt: Dies sind hohe Abstraktionen und starke Zuspitzungen, welche lediglich als Regeln mit sektoral unterschiedlicher Reichweite und im Einzelfall überprü-

26 Überblick bei Gusy, JBÖS 2006/2007, 2007, S. 177 ff.

27 Dazu Hummer, EuR 2007, 517 ff.; Tillmann/Trautmann, Kriminalistik 2011, 355 ff.

28 Zum Folgenden BVerfGE 8, 274 (311); 101, 1 (35); Ossenbühl, aaO (Fn. 13), § 103 Rn. 2 ff.; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1999, Rn. 526; zur administrativen Rechtssetzung BVerfGE 55, 207 (226); 78, 249 (272); 91, 148 (165); 114, 196. Aus der Literatur Saurer, Die Funktionen der Rechtsverordnung, 2005, S. 82 ff.; v. Bogdandy, Gubernative Rechtsetzung, 2000, S. 46 ff., Möllers, Gewaltengliederung, 2008, S. 114 ff.; Jaekel, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, 2010, S. 195 ff., insb. S. 201; Guckelberger, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2011, S. 49 ff.

29 Exekutives Handeln legitimiert sich – im Unterschied und im Gegensatz zum legislativen und judikativen Handeln – durch Problem-, Sach- und Zeitnähe seiner Lösungsstrategien, vgl. Möllers, aaO (Fn. 28), S. 115.

fungsbedürftiger Valenz gelten. Aber sie definieren Erscheinungsformen, Leistungen und zentral out-put-orientierte Legitimationsgrundlagen exekutiver Selbstregulierung. Als solche sind sie notwendige Begleiterscheinungen differenzierter Wahrnehmung von Exekutivaufgaben im offenen und gewaltenteilenden Bundesstaat, notwendige Funktionsbedingungen dieses Systems und der im Grundgesetz angelegten Funktionsdifferenzierung und Gewaltenteilung. Hier sind sie nicht als Störfaktoren zu begreifen, sondern funktionsgerecht in das System des Grundgesetzes einzubauen.

## II. Aufgaben und Leistungen der Sicherheitsgesetzgebung

Das Konzept von Sicherheitsrecht und Sicherheitsgesetzgebung<sup>30</sup> ist in der Rechtswissenschaft wenig eingeführt. Es findet sich am ehesten in Einzelmaterien wie „technisches Sicherheitsrecht“, „Gerätesicherheitsgesetz“ oder bei der Arbeitssicherheit.<sup>31</sup> Als übergreifendes Konzept wird es hingegen selten benutzt. Hier lässt es sich am ehesten beschreiben als *Gesamtheit derjenigen Rechtsnormen, welche die Sicherheit kollektiver und individueller Güter durch Ermittlung, Bewertung und Abwehr von aktuellen oder potentiellen Schäden zum Gegenstand hat*.<sup>32</sup> Dies überschneidet sich einerseits mit dem Konzept des Polizeirechts, welches ähnliche Materien umreißt. Andererseits geht es aber darüber hinaus, indem es sowohl das Risikomanagement durch Recht<sup>33</sup> als auch die – enger zu umreißende – Abwehr von Gefahren umfasst. Zudem wird nicht nur die Sicherheitsgewährleistung durch die Polizei, sondern auch diejenige durch andere staatliche Stellen und durch Private erfasst. Dies können sowohl Träger der möglicherweise gefährdeten Güter wie auch Dritte – Standardisierungsorganisationen, Sicherheitsunternehmen usw. – sein.<sup>34</sup> Es geht also auch nicht nur um Sicherheitsgewährleistung durch Öffentliches oder Strafrecht, wie etwa das Polizei- und das Nachrichtendienstrecht, sondern mindestens ebenso um solche des Zivilrechts, des Arbeits-, Betriebssicherheits- und des Informationssicherheitsrechts. Die Vielschichtigkeit der Materien wird durch die Vielschichtigkeit der Regulierungsinstanzen im Mehrebenensystem und erst recht durch die Vielfalt der Akteure bei seiner Umsetzung noch erhöht.<sup>35</sup>

30 Zum zugrunde liegenden Sicherheitsbegriff und seinen Wandlungen vgl. *Gusy*, in: Württemberg u.a. (Hg.), aaO (Fn. 2), S. 71 ff.

31 Vgl. hierzu unter anderem *Lehder*, Taschenbuch Arbeitssicherheit 12. Aufl. 2011; *Wilrich*, Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (GPSG): Gesetz über technische Arbeitsmittel und Verbraucherprodukte, 2004; *Seiler*, Recht und technische Risiken. Grundzüge des technischen Sicherheitsrechts, 1997.

32 Ein frühes Konzept findet sich bei *Gusy*, StWSfP 1994, 187 ff.; zur Entwicklung *Kötter*, Pfad der Sicherheitsrechts 2008.

33 Hierzu *Scherzberg/Lepsius*, VVDStRL 63 (2004), 214 ff./264 ff.; *Jaekel*, aaO (Fn. 28).

34 Zu den privaten Akteuren grundlegend *Nitz*, aaO (Fn. 4) S. 57 ff.; *Stober*, aaO (Fn. 12), A I Rn. 4 ff. (13 ff.); *Lisken/Denninger*, in: dies. (Hg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, C 171 ff.

35 Zur Europäisierung von Sicherheitspolitik und Sicherheitsrecht: *Suhr*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEU, Art. 82 Rn. 5 ff. (31 ff.); *Gusy/Müller*, in: Weidenfeld/Wessels (Hg.), Jahrbuch der Europäischen Integration 2009/2010, 2010, S. 181 ff.; *Gusy/Schewe*, in: Weidenfeld (Hg.), Europa-Handbuch, 2. Aufl. 2002, S. 342 ff.

Dass Sicherheitsgewährleistung durch die Exekutive auch Rechtssetzungsaktivitäten umfasst, ist bereits angesprochen worden.<sup>36</sup> Sie legitimiert sich durch Problemnähe, Sachkunde und Zeitnähe von Rechtssetzern und gesetztem Recht. Umso nachdrücklicher stellt sich dann die Frage danach, wozu es noch anderen, offenbar problemferneren und zeitlosen Rechts, geschaffen durch weniger sachkundige Rechtssetzer bedarf? Solche Fragen<sup>37</sup> thematisieren den Sinn und Zweck von Sicherheitsgesetzgebung.

a) Da ist zunächst der *Legitimationsaspekt*. Sicherheitsrecht zeichnet sich in hohem Maße dadurch aus, dass die maßgeblichen Sicherheitsstandards auch dann durchgesetzt werden sollen, wenn sie von Verantwortlichen und Betroffenen nicht freiwillig gewährleistet oder eingehalten werden. Insoweit ist Sicherheitsrecht nicht nur, aber in hohem Maße Eingriffsrecht.<sup>38</sup> Dabei geht es nicht allein um das allgemeine Verhältnis von Grundrechtsgewährleistung und Eingriffslegitimation. Als besonderer Aspekt tritt hier die Tatsache hinzu, dass Sicherheitsgarantien ggf. *auch gegen den Willen Betroffener durchgesetzt* werden müssen, also die Option der Rechtsdurchsetzung mit Zwang<sup>39</sup> einen überdurchschnittlich hohen Realitätsgehalt aufweist. Dazu steht als letztes Mittel – gerade unter dem Vorzeichen des „Gewaltmonopols“ – auch die Vollstreckung durch Zwangsmittel und damit die unmittelbare Konfrontation von Staatsgewalt und Bürger im Raum. Eine derartige Eskalation ist gewiss faktisch selten. Sicherheitsrecht arbeitet ganz überwiegend mit Genehmigungsverfahren, technischen und sonstigen Prüfungen, kommunikativen Mitteln wie Verwaltungsakten und notfalls Geldbußen. Doch ist das Moment der Einseitigkeit, des Ge- und Verbots und der Zwangsandrohung als letztes, aber immerhin zugelassenes und eingehend normiertes Institut als Reservekompetenz in dieses Konzept integriert. Das gilt sowohl für die Grundrechte als subjektive Rechtspositionen Einzelner als auch für ihre objektive Dimension als staats- und gesellschaftsgestaltende Grundentscheidungen.<sup>40</sup> Damit gehen Legitimationsbedürfnisse und -leistungen durch Gesetzgebung auch über den Einzelfall hinaus. Die dazu notwendige *Legitimationsleistung* erfolgt primär durch die rechtlich notwendige Anbindung des Gesetzes an die gewählten Parlamente<sup>41</sup> und deren spezifische Verfahren,

36 S.o. I. 2.

37 Übersicht über allgemeine Antwortansätze zur Gesetzgebung (über das Sicherheitsrecht hinaus) aus primär rechtssoziologischer Sicht bei *Hoffmann-Riem*, AöR 2005, insb. S. 28 ff.

38 Dazu näher *Rachor*, in: Lisken/Denninger, aaO (Fn. 36), F Rn. 3 ff.

39 Zu dessen besonderer Legitimationsbedürftigkeit s. *Calliess*, DVBl. 2004, 1096 ff.; *Fisahn*, KritV 2011, 3 ff.; *Gusy*, DÖV 1996, 573 (575 ff.).

40 Zur Wesentlichkeitsformel (im Unterschied zur Eingriffsformel) s. näher BVerfGE 40, 273 (249); 83, 130 (152); *Umbach*, in: Festschrift Faller, 1984, S. 111 ff.; *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 162 (163 ff.); *Ossenbühl*, aaO (Fn. 13), § 101 Rn. 14 (52 ff.).

41 Auf der Basis des „förmlichen“ Gesetzesbegriffs; dazu *Hesse*, aaO (Fn. 28) Rn. 502 (506); *Schulze-Fielitz*, aaO (Fn. 40), S. 156; *Ossenbühl*, aaO (Fn. 13), § 100 Rn. 13.

welche durch Offenheit, Öffentlichkeit, Deliberation und Revisibilität geprägt sind.<sup>42</sup> Die Legitimationsleistung durch Sicherheitsgesetzgebung erfolgt somit input-orientiert. Diese regelmäßig als „spezifisch demokratisch“<sup>43</sup> apostrophierten Eigenschaften treten zu den fachlichen Diskussionen, der Wahrheitsfindung und Falsifizierung durch Experten und Expertisen nach der Funktionsordnung des Grundgesetzes notwendig hinzu. Es geht eben nicht um irgendeine, sondern eine spezifisch legitimierte Wahrnehmung von Sicherheitsaufgaben. Dies gilt umso mehr, als Sicherheitsfragen regelmäßig mehr als nur eine „richtige“ oder „wahre“ Antwort kennen. Hier stellen sich eben nicht nur Fachfragen, sondern politische Entscheidungsbedürfnisse. Sie werden zwar in der Praxis bisweilen kaschiert bzw. zu Fachfragen umgedeutet.<sup>44</sup> Doch erbringt deren fachliche Abarbeitung allein nicht die notwendigen Legitimationsleistungen, sondern verhindert sie geradezu. Zudem bedürfen auch sachlich richtige Entscheidungen vielfach der Kommunikations- und Vermittlungsleistungen, welche durch Sachverstand allein nicht ausreichend erbracht werden kann. Insoweit stehen Sachfragen und politische Fragen, Experten und Politiker, Bürokratie und Legislative in einem Verhältnis wechselseitiger Arbeitsteilung wie auch funktionaler Ergänzung.<sup>45</sup> Auch *Sachverstand bedarf der Legitimation*, und die *Legitimationsbeschaffung bedarf* – soll sie ihre Leistungen erbringen und nicht verfehlen – *des Sachverstands*. In diesem Sinne ist auch die vorausgesetzte „Teilung“ der Gewalten nicht primär ein Neben- und Gegeneinander, sondern zumindest gleichermaßen ein einander ergänzendes Verhältnis von Funktionsdifferenzierung, Wettbewerb und Kooperation. Es geht um die optimale Zuordnung funktionsgerechter Aufgabenerfüllung durch unterschiedlich besetzte und unterschiedlich handelnde Organe.<sup>46</sup>

b) Da ist weiter der Aspekt der *Qualitätsgewährleistung*,<sup>47</sup> genauer: der Qualitätsdefinition und -verwirklichung. Dazu zählt zunächst die Normierung von Qualitätsmerkmalen, also die Frage nach der Definition der zu erreichenden Qualitäten. Hierzu zählt die Kreation bzw. Definition von Schutzgütern (was soll überhaupt geschützt werden?) ebenso wie diejenige von Sicherheitsstandards (in welchem Umfang und Ausmaß sollen jene Schutzgüter gesichert werden?) sowie die Frage nach der Prioritätensetzung zumindest für Situationen konkurrierender oder gar kollidierender Schutzbedürfnisse (in

42 Dazu näher BVerfGE 124, 78 (126); 95, 267 (307); 85, 386 (403); 70, 324 (355); 41, 251 (259 ff.); 40, 237 (240); 40, 296 (327); zu diesen Legitimationsleistungen parlamentarischer Verhandlung vgl. etwa *Schulze-Fielitz*, aaO (Fn. 40), S. 179 (180); *Schuppert*, Gute Gesetzgebung, ZG Sonderheft 2004, S. 17 ff.; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 94 ff.; *Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005, S. 308; *Grimm*, in: Festschrift Habermas, 2001, S. 489 (503).

43 Zu den Anforderungen des grundgesetzlichen Demokratieprinzips s. näher *Schulze-Fielitz*, aaO (Fn. 40), S. 179 ff. (206 ff.); *Becker*, aaO (Fn. 42), S. 123; *Messerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, 2000, S. 850; *Schuppert*, aaO (Fn. 42), S. 18; *ders.*, Governance und Rechtsetzung, Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft, 2011, S. 36 ff.

44 Dazu historisch und verwaltungswissenschaftlich instruktiv *R. Wolf*, Der Stand der Technik, 1986.

45 Deren Verhältnis zueinander beschreibt allgemein *Becker*, aaO (Fn. 42), S. 96 ff.; *Kielmannsegg*, in: Dreier/Willoweit (Hg.), Wissenschaft und Politik, 2010, S. 219 (227, 236 ff.).

46 *Hesse*, aaO (Fn. 28), Rn. 475 ff.

47 So die Terminologie bei *Hoffmann-Riem* aaO, (Fn. 37) S. 45 u.ö.

welcher Reihenfolge soll geschützt werden?). Bei dieser Form der Qualitätsgewährleistung geht es zunächst um die Definition der angestrebten Qualitäten und Qualitätsstandards selbst. Nur wer weiß, welche Güter in welcher Qualität gesichert werden sollen, kann sich der Frage stellen, ob und wie dies angestrebt werden kann. Dies ist im Sicherheitsrecht keine triviale Aufgabe, geht es regelmäßig doch nicht um den Schutz „der Sicherheit“: Sicherheit selbst ist kein Schutzgut, sondern vielmehr ein Zustand, in welchem sich ein Schutzgut befindet.<sup>48</sup> Zu dessen Zustand bedarf es jedoch der Definition, der Umschreibung und Abgrenzung jener Güter. Und diese sind keineswegs immer identisch mit der „öffentlichen Sicherheit“ oder der „öffentlichen Ordnung“. Vielmehr umschreiben die einzelnen Sicherheitsgesetze die zu schützenden Belange und Interessen durchaus unterschiedlich, indem bestimmte Schutzgüter definiert oder hervorgehoben, bestimmte Träger genannt oder ausgeschlossen oder bestimmte Formen von Sicherheit oder ihrer Beeinträchtigung („gegenwärtige Gefahr“ u.ä.) als rechtlich relevant genannt werden. Insoweit sind die Qualitätsstandards des Sicherheitsrechts zumeist allenfalls umrisshaft vorgegeben,<sup>49</sup> im Übrigen aber der Gesetzgebung am ehesten aufgegeben. Die besondere *Legitimitätsleistung derartiger Gesetzgebung* liegt darin, dass hier Schutzgüter anerkannt werden und andere nicht. Neben die Konstitutionsleistung solcher Güter tritt deren Abgrenzung und der Ausschluss anderer, also ein Aspekt der Ungleichbehandlung. Hinzu tritt die Prioritätensetzung, indem eine weniger vor- als vielmehr aufgegebenen Prioritätensetzung in Maßen transparent<sup>50</sup> und diskutierbar gemacht wird. Schließlich geht es um die Abgrenzung der Rechtssphären von geschützten Rechtspositionen und deren möglicher Beeinträchtigung, wenn diese ihrerseits rechtmäßig, sozial adäquat oder doch wenigstens im Einzelfall hinzunehmen ist. Nicht immer geht es im Sicherheitsrecht um die Abgrenzung von gut und böse, sondern vielfach auch um die Abgrenzung mehrerer durchaus anerkannter oder billigenwerter Kollisionslagen (Beispiel: Straßenverkehr oder Versammlungsfreiheit).<sup>51</sup>

Zur Qualitätsgewährleistung zählt aber nicht nur Qualitätsdefinition, sondern auch *Qualitätsverwirklichung und -sicherung*. Hier geht es eher um die Maßnahmen zur Sicherung der Schutzgüter in Einklang mit den faktischen und rechtlichen Vorgaben. In tatsächlicher Hinsicht zählen hierzu wesentlich die vorhandenen Ressourcen in personeller und sächlicher Hinsicht, welche aufgebracht und bereitgestellt werden müssen sowie nicht gleichzeitig für andere Aufgaben herangezogen werden können. In rechtlicher Hinsicht geht es um Fragen des Einsatzes dieser Ressourcen in Übereinstimmung mit rechtlichen Vorgaben und Restriktionen, etwa den Freiheits- und Gleichheitsrechten. Solche Fragen können nicht allein von Fall zu Fall entschieden werden, sondern müssen unter den Aspekten der Planbarkeit, des Vorbereitungsaufwandes und der Vorhersehbarkeit auch hinreichend standardisiert sein. Qualitätssicherung ist so wesentlich Standardsetzung und -durchsetzung. Dazu zählen die notwendigen personellen, proze-

48 Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2011, Rn. 81.

49 Dazu können etwa grundrechtliche Schutzpflichten sowie einzelne Aspekte der viel diskutierten „Staatsaufgabe Sicherheit“ zählen. Dazu *Mörtl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 84 ff; *Götz*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR, Bd. III, 1988, § 79; *Preuß*, in: Grimm (Hg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 523.

50 Dies hängt letztlich von der Umschreibung der Schutzgüter ab. Hier kann etwa die Formel von der „öffentlichen Sicherheit“ durchaus auch transparenzabträglich sein.

51 Gusy, aaO (Fn. 32), S. 187 ff.

duralen und partizipativen Vorgaben für Beteiligte und Betroffene, unmittelbare Akteure und Mitwirkungsberechtigte. Dies gilt in umso höherem Maße, je mehr Institutionen bzw. Personen involviert sein können. Dies können in einfachen Begegnungen zwischen Bürger und Staatsgewalt lediglich zwei Personen sein; in Fällen komplizierterer Planung und Errichtung von Großanlagen einschließlich der dabei relevanten Standardsetzung und -durchsetzung aber auch Tausende. Hier geht es primär darum, Verfahren bereitzustellen und deren Funktionsgerechtigkeit zu sichern. Die besondere Affinität solcher Regelungen zum Bereich der Gesetzgebung folgt insbesondere aus ihrer Haushaltsrelevanz im Hinblick auf die Bereitstellung der erforderlichen Mittel; aber auch aus der Vorwirkung von Organisation und Verfahren auf Sachentscheidungen, die dann ihrerseits gesetzlich ausgestaltungsbedürftig sind. Diese kann am ehesten erbracht werden, wenn schon das Verfahren Legitimationsleistungen erzeugen konnte. So hängen Qualitätsgewährleistungs- und Legitimationsaspekt zusammen.

c) Da ist schließlich der Aspekt der *Rationalisierung* von Sicherheitsgewährleistung durch Gesetze. Er bezieht sich zunächst auf die Frage nach der *Erkennbarkeit bzw. Prognostizierbarkeit von Sicherheitsleistungen* und ihren Grenzen. Welche Tätigkeiten als riskant eingestuft und daher kontrolliert oder gar abgewehrt werden sollen, unterliegt letztlich gesetzlicher Entscheidungen. Gesetze skizzieren so die Grundzüge der Abgrenzung hinzunehmender von nicht hinzunehmenden Risiken. Umgekehrt lässt sich aus der Sicht zu schützender Personen umrisshaft abschätzen, welches Sicherheitsniveau sie kraft Gesetzes erwarten können, welches Maß an Schutz also aufgrund geltender Bestimmungen bereitgestellt oder gar von ihnen beansprucht werden kann. Auch hierauf können sie sich einstellen und daraus ggf. für sich selbst entscheiden, ob sie die verbleibenden Risiken selbst hinnehmen wollen oder aber eigene Vorkehrungen treffen, indem sie entweder auf risikoexponierte Rechtsgüter verzichten (etwa kein Grundstück in einem hochwassergefährdetem Bezirk erwerben) oder aber eigene Vorkehrungen zum Selbstschutz treffen (also etwa betriebliche Anlagen durch einen eigenen Werkchutz schützen lassen). Auf solche Weise steuert Gesetzgebung nicht nur individuelle Verhaltenserwartungen an den Sicherheitssektor, sondern entlastet diesen Sektor zugleich von Auseinandersetzungen im Einzelfall über die Maßstäbe von Sicherheitsgewährleistung und Sicherheitsansprüchen. Verhaltenssicherheit wird also nicht allein für die Bürger als Nachfrager nach Sicherheit, sondern auch für die diversen Sicherheitsanbieter (Verwaltung, Unternehmen u.a.) geschaffen.

Zur Rationalisierung durch Gesetzgebung zählt auch der Aspekt der *Vollziehbarkeit*. Es genügt nicht allein, dass für die Exekutive hinreichende Handlungsmaßstäbe zur Verfügung gestellt werden. Vollziehbarkeit setzt auch das Vorhandensein hinreichenden Sachwissens auf Seiten der vollziehenden Stellen, ausreichender Handlungsressourcen und -formen voraus. Solange es sich allein um staatliche Sicherheitsgewährleistung – etwa durch die Polizei – handelt, sind diese Prämissen noch vergleichsweise einfach überschaubar und erfüllbar. Komplexer werden die Anforderungen jedoch, wenn und wo entweder die Vollziehung ganz oder zumindest teilweise entstaatlicht ist oder aber allein in Kooperation mit Betroffenen stattfinden kann. Deren Handlungs- und Kooperationsbereitschaft kann nicht einfach vorausgesetzt, ihre sachliche Handlungsfähigkeit nicht einfach unterstellt werden. Und wenn die öffentliche Hand den Vollzug ganz oder teilweise aus der Hand gibt, fehlt ihr in der Folge die notwendige Sachkunde

oder die eigene Fähigkeit, als Reserveorgan bei Versagen der ausgelagerten Instanzen oder Verfahren einzuspringen. Vollziehbarkeit ist demnach insoweit erheblich mehr als bloße Bestimmtheit der gesetzlichen Maßstäbe; sie ist komplex und umso komplexer, je differenzierter sich die Verantwortungs- und Vollzugsstrukturen in den jeweiligen Sachmaterien gestalten.

Rationalisierung bedeutet schließlich auch *Kontrollierbarkeit* der Durchsetzung und Einhaltung gesetzlicher Maßstäbe. Hierfür bedarf es nicht nur der erforderlichen gesetzlichen Kontrollmaßstäbe, welche sich von den Handlungsmaßstäben durchaus unterscheiden können. Insbesondere gesetzliche Zweckbestimmungen, Leitbilder oder Finalprogramme mögen als Handlungsaufträge ihre Wirkungen erlangen, doch fehlt ihnen, um als Kontrollmaßstäbe wirksam zu werden, die Abgrenzungsschärfe namentlich dann, wenn es um Kontrolle im Einzelfall geht. Gewiss: Justiziabilität ist nicht der einzige vorhandene oder gar denkbare Kontrollmechanismus; im Gegenteil. Auch und gerade im Sicherheitsbereich gibt es andere Mechanismen von der Kontrolle durch Rechnungshöfe bis hin zur Mobilisierbarkeit partizipationsähnlicher Verfahren und Instanzen wie kommunalen Präventionsräten oder Polizeibeiräten. Sie nehmen Qualitätskontrolle aus ganz unterschiedlicher Perspektive und mit ganz unterschiedlichen Wirkungen wahr, und zwar weniger auf der Mikroebene des Einzelfalles als vielmehr auf der Meso- oder Makroebene der Grade gesetzlicher Zielerreichung. So wichtig dies ist – namentlich für den Aspekt der oben<sup>52</sup> bereits erwähnten Aspekte der Qualitätsgewährleistung –, so ist es doch unter dem Aspekt der Rationalisierung nicht ausreichend, wenn diese Verhaltenssicherheit nicht nur generell, sondern auch bei einzelnen Personen und in einzelnen Fallkonstellationen herbeigeführt werden soll. Hier ist auch Einzelfallkontrolle notwendig, und hier setzen die grundgesetzlichen Vorgaben an die Kontrollierbarkeit (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG) dann auch an, namentlich durch die Forderung nach neutralen Instanzen (Gerichten) und nach hinreichenden Maßstäben (Rechte).

*d) Aspekte der Legitimation, der Qualitätsgewährleistung und der Rationalisierung stehen also nicht allein nebeneinander, sondern in einem wechselseitigen Bedingungs-zusammenhang.* Vergleichbares gilt auch hinsichtlich der unterschiedlichen einschlägigen verfassungsrechtlichen Grundlagen: Während das Demokratieprinzip insbesondere die beiden zunächst genannten Aspekte der Legitimationsbedürftigkeit und Qualitätsgewährleistung betrifft, ist die Rationalisierungsfunktion eher auf der grundrechtlichen Ebene anzusiedeln. Dass hier im Kontext der Kompetenzabgrenzung zwischen Staat und sonstigen Akteuren, zwischen Legislative, Exekutive und Justiz sowohl der funktionsgerechten Arbeitsteilung zwischen den verschiedenen Normgebungsinstanzen und -verfahren als auch dem Bestimmtheitsgebot gewichtige Rollen zukommen, gilt nicht nur allgemein,<sup>53</sup> sondern auch im Sicherheitsrecht. In der Sicherheitsgesetzgebung treffen so Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip zusammen.

52 Vgl. II.b).

53 Zu Recht betont bei *Hoffmann-Riem*, aaO (Fn. 37), S. 5 (19 ff., 38 ff.).

### III. Sicherheitsrecht im Politikfeld „Innere Sicherheit“

Gesetzgebung ist Rechtssetzung durch die parlamentarische Volksvertretung in der Form des Gesetzes.<sup>54</sup> Sicherheitsgesetzgebung ist also weniger als Sicherheitsrecht. Und sie ist eine, aber eben auch nur eine Handlungsform von *Sicherheitspolitik*. Diese lässt sich umschreiben<sup>55</sup> als *Summe der Kommunikationsvorgänge*,<sup>56</sup> welche auf die *Findung, Vereinbarung und Legitimation allgemein verbindlicher Entscheidungen im Bezug auf die Sicherheitsgewährleistung im Gemeinwesen gerichtet sind*. Es umgreift sowohl innen- wie außenpolitische Fragestellungen, Diskussionszusammenhänge und Entscheidungsprozesse, welche nicht notwendig in Rechtsnormen einmünden, wohl aber in solche einmünden können. Damit teilt die Materie – mindestens – den Komplexitätsgrad des Sicherheitsrechts.<sup>57</sup> *Gegenstand der Sicherheitspolitik ist wesentlich die Suche nach dem richtigen Maß von Sicherheit*.<sup>58</sup>

Dessen Definition ist wesentlich die Aufgabe des Sicherheitsrechts. Aber wie kann es diese Aufgabe wahrnehmen, wenn die Sicherheitsgewährleistung primär anderen zukommt?<sup>59</sup> Wie können die Gesetze auf die Sicherheitsgewährleistung einwirken, und wie wirken umgekehrt die übrigen Mechanismen der Sicherheitsgewährleistung auf das Sicherheitsrecht ein? Hier entstehen Fragen sowohl an die Sicherheitspolitik im Besonderen wie auch an Politikfeldanalyse und Gesetzgebungslehre im Allgemeinen. Ihnen soll im Folgenden exemplarisch nachgegangen werden.

#### 1. Akteure der Sicherheitsgesetzgebung

Sicherheitspolitik bedarf aus vielerlei Gründen des Sicherheitsrechts. Dieser Umstand kann auf das Politikfeld „Innere Sicherheit“ nicht ohne Rückwirkungen bleiben. Zu den bereits genannten Institutionen, Akteuren und Handlungen<sup>60</sup> kommen weitere hinzu.

Dies betrifft zunächst die Akteure der Legislative. Dem Bedarf der Sicherheitspolitik nach dem Sicherheitsrecht entspricht der Bedarf der Sicherheitsverwaltung nach dem

54 *Osselbühl*, aaO (Fn. 13), § 100 Rn. 20.

55 Vorgedacht bei *Daase*, Sicherheit und Frieden, 2011, S. 59 ff.

56 Kommunikationstheoretischer Ansatz nach SFB 584 „Das Politische als Kommunikationsraum in der Geschichte“. Hierzu näher *Frevert/Haupt* (Hg.), Neue Politikgeschichte. Perspektiven einer historischen Politikforschung, 2005; s.a. *Steinmetz*, ‚Politik‘. Situationen eines Wortgebrauchs im Europa der Neuzeit, 2007.

57 Konnex von Sicherheitspolitik und Sicherheitsrecht untersucht das Projekt „Sicherheitsgesetzgebung“ an den *Universitäten Bielefeld* und *Witten/Herdecke*.

58 Ein Telos, welches auf eine immanente Steigerung von Sicherheit, Sicherheitsniveau und Sicherheitsstrukturen angelegt ist, ist in ihr hingegen – entgegen manchen anderslautenden Behauptungen bzw. Befürchtungen – nicht angelegt. Sicherheitspolitik und -kultur stellen notwendig immer auch die Frage nach dem Umgang mit der Unsicherheit. Siehe *Böhm*, NVwZ 2005, 609 ff., die unter Bezugnahme auf den Abschlussbericht der ad hoc-Kommission „Neuordnung der Verfahren und Strukturen zur Risikobewertung und Standardsetzung im gesundheitlichen Umweltschutz der Bundesrepublik Deutschland“ 2003 ihre Abhandlung mit den Worten „Ein Leben ohne Risiko ist nicht vorstellbar“ einleitet.

59 S. o. I.

60 Dazu o. I.

Parlament. Abgeordnete, Fraktionen, Parteien und andere auf das Parlament einwirkende Politikinstitutionen – Verbände, Lobbys usw. – zählen hierher. Dies gilt allerdings nicht für alle Politiker in gleicher Weise. Ungeachtet der Idee, dass Parlamente ganzheitlich über alle Politikbereiche entscheiden, so sind diese doch faktisch in sehr hohem Maße segregiert. Das gilt nicht bloß für Fraktionen, sondern auch für Fachpolitiken und Fachpolitiker. Sie sind kraft Herkunft, Expertise oder aber aufgrund bloßen Auftrages ihrer Parteien oder Fraktionen in den einzelnen Politikbereichen tätig und sozialisieren sich dort nicht bloß mit den anderen Fachpolitikern, sondern auch mit sonstigen Akteuren aus dem jeweiligen Feld, also mit Exekutiven, interessierten Verbänden, Unternehmen, Bürgerinitiativen usw. Sobald solche Beziehungen einigermaßen stabilisiert sind, lässt sich von einem Politikfeld sprechen. Dessen Eigenheiten prägen die Arbeitsweise des arbeitsteilig organisierten Parlaments wesentlich mit. Da nicht alle Abgeordneten auf allen Fachgebieten zugleich Experten sein können, orientieren sich die Fraktionen für Einzelmaterien an ihren jeweiligen Fachpolitikern. Daraus entsteht ein Kreislauf der Einflusstrome: Einerseits bringen die Fachpolitiker ihre allgemein- oder parteipolitischen Prägungen, Sichtweisen und Interessen in den fachlichen Austauschprozess ein. Andererseits bringen sie aber auch die Eigenarten, Sachzwänge oder Kompromissbedürfnisse des jeweiligen Fachs in ihre Parteien und Fraktionen ein; und zwar auch dann, wenn die Fachpolitik über Partei- oder gar Parlamentsgrenzen – mit Interessenten, Lobbygruppen usw. – hinweg erfolgte. Viel spricht dafür, dass die Bedeutung des „fachlichen“ Einschlags umso größer ist, je technisch-wissenschaftlicher eine Materie geprägt ist, je mehr sie sich also bloß allgemein-politischer Wertung entzieht.

Als weitere zusätzliche Akteure im Politikfeld können auch Gerichte und Richter treten, wenn sie maßgebliche Entscheidungen für einen Politikbereich treffen – etwa durch Grundgesetzauslegung – oder aber bei der Durchsetzung und Auslegung von Gesetzen verbindliche Entscheidungen treffen. So können namentlich Verfassungs-, ordentliche (Straf-, seltener Zivil-) oder Verwaltungsgerichte Akteure im Politikfeld werden, welche ihre spezifischen beruflichen und sonstigen Perspektiven in die Materie einbringen können. Auch hier ist es nicht „die Rechtsprechung“ insgesamt, sondern es sind namentlich bestimmte Spruchkörper oder Richter, welche aufgrund ihrer besonderen Zuständigkeit besonders relevante Entscheidungen treffen. Bleibt die Zuständigkeit über einen längeren Zeitraum hinweg stabil, so können die entsprechenden Richter als Fachleute durchaus über längere Zeit hinweg als Teilnehmer am Politikfeld gelten. Doch sind sie hier nicht einfach Teilnehmer wie alle anderen auch: Durch das Hinzutreten von Legislative und Justiz in das Politikfeld werden die neuen Akteure nicht einseitig in Handlungslogiken und Sichtweisen des jeweiligen Feldes integriert, sondern bringen umgekehrt ihre je spezifischen Prägungen und Wirkungsbedingungen (etwa: parteipolitische Prägungen, Gesetzesbindung u.a.) in das jeweilige Politikfeld ein. Das Feld wird dadurch heterogener, bleibt aber als solches nach wie vor erkennbar. Zugleich lassen sich unterschiedliche Grade von Involviertheit ausmachen: Fast kein Politiker ist allein Sicherheitspolitiker, sondern ist daneben in andere Sachmaterien oder Interessengebieten (etwa im Wahlkreis oder in der Partei) eingebunden. Auch die richterliche Zuständigkeit umfasst regelmäßig mehrere Sachmaterien. So ist das Politikfeld nicht vollständig homogen, sondern durchaus unterschiedlich integriert; es gibt permanente und gelegentliche Akteure, Zentral- und Randfiguren.

## 2. Das Recht der inneren Sicherheit

Das Recht der inneren Sicherheit mag als teleologische Einheit gelten: Es ist durch die Gemeinsamkeit oder jedenfalls Vergleichbarkeit seiner Schutzgüter, -instrumente und Aufklärungshandlungen geprägt. Doch finden sich daneben auch zahlreiche Unterschiede, welche die hier relevanten Normen prägen.

Im europäischen *Mehrebenensystem* ist – mehr noch als die Sicherheitsgewährleistung selbst – die entsprechende Rechtssetzung unterschiedlichen Handlungsebenen zugewiesen. Es gibt europäisches, nationales und – jedenfalls in *Deutschland* – auch föderales Sicherheitsrecht. Sicherheitsrecht ist kompetenziell und inhaltlich fragmentiertes Mehrebenenrecht. Dementsprechend ist das Politikfeld vielfach fragmentiert, aber auch untereinander vernetzt – die Kommunikations- und Einflusswege über die Ebenen hinweg zählen zu den besonderen Stärken der Handlungsfähigkeit der Rechtssetzung, aber auch zu den Quellen potentieller Schwachpunkte in der Sicherheitsgewährleistung bei Normkollisionen oder Widersprüchen. Die Fragmentierung der Handlungsfelder zeigt sich insbesondere darin, dass die Frage nach der Regelungskompetenz zugleich unmittelbare Rückwirkungen auf den Inhalt der jeweiligen Regelungen haben. Es gibt Maßnahmen, die sind „in Europa“ oder umgekehrt „in *Deutschland*“ politisch oder rechtlich nicht möglich, auf der jeweils anderen Ebene aber wohl. Politische Zielerreichung setzt dann auch die Auswahl der jeweils zielführenden Rechtssetzungsebene voraus.

Aber auch auf den einzelnen Ebenen lassen sich unterschiedliche *Rechtssetzungsformen* in *Verfassungen, Gesetzen und Rechtsverordnungen* unterscheiden. Deren Unterschied liegt wesentlich in ihrer Herkunft von verschiedenen Organen: Während Verfassungen und Gesetze im Wesentlichen von der Legislative stammen, werden Rechtsverordnungen von der Exekutive erlassen. Sie sind eine Form delegierter Rechtssetzung und ermöglichen in diesem Rahmen zugleich exekutive Selbstprogrammierung. Das gilt in noch stärkerem Maße für interne Regelungen, etwa durch Verwaltungsvorschriften, welche nach verbreiteter Auffassung keiner gesetzlichen Kompetenzdelegation bedürfen. Die Wahl der Regelungsform ist demnach präjudiziell für die Frage nach den Akteuren im jeweiligen Gesetzgebungsverfahren; ein Umstand, welcher durch die parlamentarische Kontrolle exekutiven Handelns zwar gemindert, aber keineswegs beseitigt wird. Auffällig ist hier im Sicherheitsrecht – wie in anderen Politikfeldern auch – eine quantitative Dominanz des Verordnungsrechts, namentlich in den technischen und wirtschaftlich geprägten Bereichen der Sicherheit. Auffällig anders hingegen verhält es sich im Bereich der Polizei, wo Rechtsverordnungen einen gewissen Seltenheitswert besitzen und stattdessen zahlreiche interne Regelungen die polizeilichen Handlungen, namentlich die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe und die Ermessensausübung im Einzelfall, weitaus intensiver determinieren als etwa das Gesetzesrecht. Das weitgehende Fehlen von Rechtsverordnungen in diesem Bereich<sup>61</sup> ist im Vergleich zu anderen Politikfeldern auffällig, aber bislang nicht recht erklärt. Eine Erklärungsmöglichkeit wäre hier ein verstärktes Streben nach Geheimhaltung von Instrumenten und Taktiken, welches zum Mittel der (ganz überwiegend nicht veröffentlichten) Verwaltungsvorschrift statt zur publikationsbedürftigen Rechtsverordnung greifen lässt.

61 Für diese Beobachtung danke ich Herrn Kollegen *H.-J. Lange, Witten/Herdecke*.

*Sicherheitsrecht besteht demnach nicht allein aus Gesetzen.* Es gibt vielmehr unterschiedliche, bisweilen funktionell, bisweilen möglicherweise sogar juristisch gegeneinander austauschbare Handlungsformen von Selbst- und Fremdprogrammierung der Exekutiven. Je nach der Wahl der Handlungsform bemessen sich Beteiligung von Akteuren aus dem Politikfeld und deren jeweilige Rollen. Doch ist diese Wahl nicht allein eine Frage politischer oder sonst interessengeleiteter Zweckmäßigkeit. Vielmehr ist sie auch durch die Rechtsordnung beeinflusst, namentlich die Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes in grundrechtseingriffsintensiven Bereichen.

### 3. Sicherheitsgesetzgebung als kooperativer Prozess

Sicherheitsgesetzgebung ist weniger als Sicherheitsrechtssetzung. Sie ist derjenige Teil der Rechtsordnung, welcher notwendig eine parlamentarische Entscheidung voraussetzt. Doch besagt dies nicht, dass die Gesetzgebung ausschließlich als Angelegenheit der Ersten Gewalt anzusehen wäre. Vielmehr ist das Gesetzgebungsverfahren als gewaltenübergreifender kooperativer Prozess ausgestaltet.<sup>62</sup>

Dies zeigt sich bereits am Beginn des Gesetzgebungsverfahrens. Das Initiativrecht der Exekutive ist in allen Verfassungen verankert und hier zwar nicht rechtlich, wohl aber faktisch nahezu zum Initiativmonopol geworden. Über 90 % der Gesetzesinitiativen im Bund – und eine gleichfalls sehr hohe Zahl in den Ländern – kommen von den Regierungen. Dagegen ist die Initiative aus der Mitte der Volkvertretungen – sofern sie nicht schon zuvor von den Exekutiven veranlasst worden sind – zur faktischen Ausnahme und zum Instrument der Opposition geworden, die vielfach nichts anderes als schon geltende Regelungen anderer Körperschaften nachzeichnen. Zum richtigen Verständnis der Kooperationsbeziehungen ist es notwendig, das Initiativrecht als exekutives Verfahren der Mitwirkung an der Rechtssetzung zu betrachten, welches mit der Einbringungen seinen formellen Abschluss findet.<sup>63</sup> Dieses hat für die gesamte Gesetzgebung prägende Wirkung, ist sie doch in der Lage,

- Problemdefinitionen oder zumindest eine Definitionsperspektive vorzugeben;
- potentielle Lösungsalternativen zu benennen und mögliche Lösungsvorschläge zu diskutieren und eine von ihnen vorzuschlagen, entweder mit oder ohne Alternativen;
- Sachargumente einzubringen und Sachverstand zu mobilisieren, um einzelne Sichtweisen zu begründen und andere abzuweisen;
- den Zeitpunkt des Verfahrens zu bestimmen und dabei durch die Nutzung eines „window of opportunity“ die Verabschiedungs- bzw. Ablehnungswahrscheinlichkeiten der Initiative zu erhöhen;

62 Dazu zuletzt grundlegend Möllers, AöR 2007, 493 (517 ff.).

63 Einzelne Einwirkungsrechte – so etwa das Rederecht im Parlament – bleiben auch danach erhalten; s. etwa Art. 43 Abs. 1 GG; Art. 45 Abs. 2 NRWVerf; Art. 91 S. 1 HessVerf. Als Beispiel siehe die Einführung des § 100 i StPO im Jahr 2001, der zum Einsatz des IMSI-Catchers durch die Strafverfolgungsbehörden ermächtigt. Dieser wurde auf Vorschlag der Bundesregierung während der Ausschussberatungen des Rechtsausschusses zum Gesetz zur Änderung der StPO eingeführt, durch das zunächst nur die Regelungen der richterlichen Anordnung bei molekulargenetischen Untersuchungen von Spurenmaterial präzisiert werden sollten, vgl. BT-Drs. 14/7562; Beschluss und Empfehlung des Rechtsausschusses BT-Drs. 14/9088.

- Gesetzespakete zu schnüren und so Aufmerksamkeitschancen zu verändern sowie die Annahme auch parlamentarisch nicht gewollter Gesetzelemente zu erhöhen, indem diese mit anderen, als notwendig erscheinenden Regelungsvorschlägen, verknüpft werden. Dabei brauchen diese Vorschläge – wie regelmäßig in sog. „Artikelgesetzen“<sup>64</sup> – nicht einmal einen inhaltlichen Zusammenhang aufzuweisen (sog. „Omnibusverfahren“).
- (potentielle) Verbündete und Gegner des Gesetzes in Wirtschaft, Organisationen, Verbänden und Gesellschaft ausfindig zu machen, Unterstützung zu mobilisieren und mögliche Einwände zu neutralisieren;
- den Vorschlag im Vorfeld mit Politikern, Parteien und Parlamentariern zu diskutieren und hier Annahmehancen auszutesten bzw. Widerstände zu minimieren.

Alle diese – und weitere mögliche – Einwirkungen der Exekutive auf den Gesetzgebungsprozess geschehen auch mit den Mitteln des Sachverständigen, der Problem- und Zeitnähe, welche als besondere Leistungen der vollziehenden Gewalt angesehen werden. Doch ist zugleich naheliegend, dass hier eben nicht nur sachliche, sondern auch andere – etwa politische – Erwägungen eine Rolle spielen; ein Umstand, der schon durch die politische Leitung der Ministerien nahegelegt wird. Gelangt ein Gesetzentwurf also mit der Einbringung in das offene, öffentliche, auf Transparenz und Revisibilität angelegte parlamentarische Verfahren, so ist die Szenerie möglicherweise schon bestellt: Die parlamentarische Sachbehandlung entfaltet ihre Leistungen zu einem Zeitpunkt, indem maßgebliche politische Vorentscheidungen schon gefallen sind, die in den Volksvertretungen und ihren Ausschüssen nur selten und unter großem Aufwand korrigiert oder revidiert werden können.

Solche Erwägungen werden aber nicht allein durch normgeleitete, sondern auch durch sachgeleitete Beobachtungen ergänzt.<sup>65</sup> Soll ein Gesetz die von ihm intendierten Leistungen erbringen und *diese Leistung mehr als ein Produkt des Zufalls sein*, so bedarf es der fachlichen Prüfung seiner möglichen Haupt-, Nebenwirkungen und Risiken. Gesetzgebung, verstanden als anspruchsvolle und wirksame Sozialgestaltung,<sup>66</sup> ist in diesem Sinne kein „Schuss in das Dunkle“, sondern umweltabhängig und auf diese Umwelt gerichtet. Ist diese, namentlich in ihren politisch relevanten Dimensionen, ihrerseits komplex und damit erklärungs- und deutungsbedürftig, ist Gesetzgebung eben nicht nur auf politische, sondern auch auf fachliche Expertise angewiesen. Sie reicht von der Beschreibung des jeweils relevanten Wirklichkeitsausschnitts über die abstrahierende Definition eines „Problems“ über die Erfassung und Beschreibung möglicher Lösungsalternativen einschließlich der Prognose von deren Erfolgs- oder Scheitensbedingungen, intendierten und nicht intendierten Auswirkungen bis hin zu potentiellen Änderungsnotwendigkeiten. Dabei differiert das Maß der Abhängigkeit eines Gesetzes von Experten je nach Sachbereich erheblich: Es soll Gesetze geben – etwa im Bereich der europäischen Währungspolitik – deren mögliche Intentionen und Wirkungen nur noch

64 Beispiel: In NRW wurde die offene Videoüberwachung durch ein Artikelgesetz zur Änderung des Datenschutzgesetzes eingeführt. Im Gesetzentwurf, LT-Drs. 12/4476, war diese Maßnahme nicht vorgesehen. In der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Innere Verwaltung fand sich später in einem neu eingefügten Art. 3 die Vorschrift des § 15 a PolG NRW, vgl. LT-Drs. 12/4780, S. 48.

65 Zum Folgenden namentlich *Hoffmann-Riem* aaO (Fn. 37), S. 30 ff. (50 ff.).

66 *Becker*, aaO (Fn. 42), S. 91 ff. m.w.N.

einzelne Experten überblicken. Doch gilt auch und gerade hier: *Steuerung(sansprüche) durch Gesetze* und Gesetzgebung *setzen Steuerungsfähigkeit der normgebenden Instanzen* und ihrer zentralen Handlungsform, eben des Gesetzes, voraus.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten: Gesetzgebung als kooperativer gewaltenübergreifender Prozess ist weder allein eine Folge „realistischer“ Betrachtung der verfassungsrechtlich vorgegebenen Verfahren noch aber auch allein Ergebnis einer Normanalyse. Hier fallen vielmehr beide Betrachtungsweisen und ihre Ergebnisse zusammen.

#### 4. Zur Rolle der Parlamente in der Kooperation

Die Parlamente können demnach auf die Leistungen der Exekutive nicht verzichten. Aber wie ist es umgekehrt? Was eigentlich ist die Rolle der Volksvertretungen in jenem Kooperationsverhältnis?

Nach einer pointierten, aber nicht unzutreffenden Beobachtung werden die Gesetze im Parlament nicht gemacht, sondern verbindlich gemacht.<sup>67</sup> Dem entspricht die Formulierung, wonach die Parlamente auch gar nichts anderes schulden als das Gesetz.<sup>68</sup> Gewiss: Der Akt der Herstellung von Verbindlichkeit ist wichtig; das parlamentarische Gesetz ist sowohl Ausdruck als auch zentrales Element von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip.<sup>69</sup> Die darin liegende Leistung der Unterscheidung von Recht und Nicht-Recht sowie der Herstellung von Orientierung über das Recht ist nicht zu unterschätzen. Aber ist das wirklich die einzige Leistung von Parlament und Parlamentarismus? Und könnte sie nicht auch auf andere Weise erbracht werden als gerade durch Parlamente? Was also leistet die viel zitierte demokratische Legitimation, und wie geschieht sie?

Demokratie ist nicht nur Herrschaft, sondern zugleich ein spezifischer Mechanismus der Herstellung von Legitimation von Herrschaft. Dies ist mehr als die viel zitierte lückenlose Ableitungskette der Gewählten von den Wählern her. Das gilt auch dann, wenn diese für die Abgeordneten von besonderer Wichtigkeit ist. Denn nur sie sind – im Unterschied zu praktisch sämtlichen Amtswaltern – dem Volk unmittelbar verantwortlich in der Art und Weise, dass sie ihr Mandat durch Entscheidung des demokratischen Souveräns verlieren können. Das ist nicht wenig, aber es reicht allein nicht aus, wenn die Zurechnung der Gesetze zum Parlament eine rein formale bleibt und keine inhaltlichen Bezugspunkte mehr aufweist. Wie aber kann ein solcher Inhalt hergestellt werden, wenn die Gesetze anderswo gemacht werden? Und wenn zudem die zentralen Leistungen der Parlamente, nämlich die öffentliche Debatte (Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG), an Relevanz immer mehr einbüßt? Wie also wird Demokratie real, ohne allein in Verlustdiagnosen gegenüber einer vermeintlich besseren Vergangenheit zu verfallen? Weder ist das Parlament der Ort, in dem die Vertreter des Volkes in freier und gleicher, gleichsam herrschaftsfreier Rede und Gegenrede als Spiegelbild des Volkes im Kleinen

67 Meyer, VVDStRL 33 (1974), S. 69 ff.

68 Geiger, in: Berberich/Holl/Maaß (Hg.), Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht, 1979, S. 131 (141) sowie später Schlaich, VVDStRL 39 (1981), S. 99 (109).

69 Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hg.), GG-Kommentar, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 52 ff.; 67 ff.; Möllers, aaO (Fn. 62), S. 493 (503); Schuppert, in: ders. (Hg.), Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates, Symposium für Christian Starck zum 60. Geburtstag, 1998, S. 105 (107, 108).

das vorhandene Spektrum von Anschauungen, Interessen und Bedürfnissen ausdiskutieren und abstimmen. Dies war es nie und könnte es allenfalls sein, wenn sämtliche Kontexte parlamentarischen Handelns ausgeblendet würden. Noch kann das Parlament durch Änderung und Verbesserung der Rahmenbedingungen seines Handelns in die Lage versetzt werden, die Leistungen der Exekutive selbst zu übernehmen und etwa die Gesetze selbst zu machen, was auch in der Vergangenheit nur äußerst selten und dann am ehesten in parlamentarisch kreierte, aber jedenfalls nicht mehrheitlich von Abgeordneten besetzten Kommissionen der Fall war.

Parlamentarische Legitimation erhält die *Idee der Machbarkeit und Diskutierbarkeit des Rechts* aufrecht. Recht und Gesetz sind kein Faktum, sondern Menschenwerk und als solche nicht nur der binären Entscheidung von Zustimmung oder Ablehnung, sondern darüber hinaus der Diskussion um inhaltliche Alternativen zugänglich. Diese Idee wird durch das parlamentarische Verfahren in die Rechtssetzung hinein transportiert. Zudem ist das parlamentarische Verfahren geeignet, Gesetzesvorhaben und Gesetze in das Vor- und Umfeld der Gesetzesmacher zu transportieren und hier Unterstützungspotentiale zu mobilisieren. Parteien, Verbände, die Zivilgesellschaft und aktive Bürger können so für die Gesetzesidee mobilisiert und zugleich ihre *Unterstützung in der Gesellschaft eingeworben* werden. Dies gelingt nicht allein dadurch, dass das Gesetz gilt. Vielmehr ist es notwendig, dass dessen Sinn und Inhalt im Vor- und Umfeld von Regierungen, Fraktionen und Parlamenten gebilligt und in gewissem Maße unterstützt wird. Gelingt dies nicht, verbleibt die Legitimationsleistung allein bei den gesetzesmachenden und -durchsetzenden Instanzen und kann damit in jedem Verfahren der Gesetzesanwendung erneut thematisiert werden. In dieser Mobilisierung gesellschaftlicher Unterstützung liegt die eigentliche Entlastungsfunktion der Gesetzgebung für die Gesetzesmacher und -anwender: Nur wenn sie gelingt, ist die demokratische Legitimation keine bloß formale, sondern auch eine inhaltliche. Extremfall ist dabei, dass ein Gesetzesvorhaben auf allseitigen Widerstand in der Gesellschaft stößt und deshalb nicht vermittelbar und auch nicht legitimierbar ist. Hier wirkt das parlamentarische Verfahren als *internalisiertes Auskunfts-, Droh- und Warnsystem*, als Resonanzboden des dem Volk Zumutbaren.

Weiter hält das parlamentarische Verfahren die *Idee der zeitlichen Vorläufigkeit und Abänderbarkeit des Rechts* aufrecht. Das Gesetz als Auswahl unter verschiedenen denkbaren Alternativen unter bestimmten politischen Rahmenbedingungen – etwa politischen Mehrheitsverhältnissen – ist als solche stets auf Vorläufigkeit angelegt und damit abänderbar (Revisibilität): Dies ist kein pathologischer, sondern der Normalfall der Gesetzgebung. Gesetzgebung ist zentral Gesetzesänderung.

Eine derart realistische Betrachtung des Beitrags der Parlamente zur Gesetzgebung mag es nahelegen, auch das (notwendige) Verfahren der parlamentarischen Mitwirkung an der Gesetzgebung weniger als Rechtsfindungs- denn vielmehr als Kontrollverfahren zu betrachten.<sup>70</sup> In diesem Sinne können und sollen die Volksvertretungen die geschilderten Aufgaben der Exekutive bei der Rechtssetzung nicht übernehmen, sondern kontrollieren und dadurch der Gesetzgebung ihren eigenen Beitrag hinzufügen. Eine solche Kontrollleistung setzt umfangreiche Darlegungslasten der Gesetzesmacher voraus, namentlich die Darlegung der durch das Gesetz zu lösenden Probleme und der vorhande-

---

70 Zu Verknüpfungen beider Gedanken bereits Gusy, JA 2005, 395 ff.

nen Lösungsalternativen. Die Begründungslast trifft demnach nicht das Parlament, sondern die gesetzeseinbringenden Instanzen.<sup>71</sup> Hier geht es zunächst um die Problemdefinition, d.h. die Auswahl und Abstraktion bestimmter Diagnosen der Wirklichkeit aus dem politischen Feld und der Übersetzung in politische Handlungsnotwendigkeiten. Weiter geht es um die Darlegung von Lösungswegen, welche bei Vorhandensein von Alternativen – nicht alles ist alternativlos, auch wenn die meisten Gesetzesbeschlüsse letztlich einstimmig erfolgen! – die Alternativen aufzeigen und mögliche Präferenzen deutlich machen. Hier geht es um eine weitere Übersetzungsleistung von Fach- und politischer Sprache in die Rechtssprache der Gesetzgebung. Das parlamentarische Verfahren dient dann der *Überprüfung jener Gesetzgebungsanlässe und der Alternativenauswahl*. Dabei ist es Aufgabe des Parlaments, die übermittelten Informationen wenigstens ansatzweise und bei Bedarf auf ihre Relevanz und Vollständigkeit zu überprüfen und zumindest stichprobenartig durch Hinzuziehung von eigenem oder externem Sachverstand zu verifizieren. Ähnliches gilt für die vorgeschlagenen Lösungen: Soweit die Gesetzesmacher keine Alternativen erkennen lassen, ist es Aufgabe des Parlaments, solche zu erkennen, Auswahlmöglichkeiten zu eröffnen und – sofern eine solche erkennbar ist – eine Auswahl-situation herzustellen. Dabei geht es nicht um Übernahme oder Wiederholung der exekutiven Vorarbeiten, sondern um deren Schlüssigkeits-, Relevanz- und Vollständigkeitsprüfung. Von prägender Bedeutung hierfür ist die Offenhaltung eines Mindestmaßes an *Transparenz von Entscheidungssituation, -optionen und -verfahren*. Dies gilt namentlich auch für die Fragen der Informationsgewinnung und der Parlamentsberatung, und zwar nicht nur im Hinblick auf formale Anhörungen oder Enquêtes, sondern auch im Hinblick auf interessierte Politikberatung, Lobbyismus und Verbände.

Das so umschriebene *parlamentarische Gesetzgebungsverfahren als Kontrollverfahren* ist aus der Sicht der Exekutive am ehesten eine zusätzliche Instanz auf dem hürdenreichen Weg vom Referentenentwurf in das Gesetzblatt. Seine Grundfunktionen liegen demnach darin,

- die Idee der Diskutierbarkeit von Recht in das Gesetzgebungsverfahren – und nicht nur in die Medien im Umfeld – hinein zu transportieren;
- den Gedanken der Alternativenoffenheit von Recht sowohl bei der Definition von Problemen wie auch bei derjenigen von potentiellen Lösungen darzustellen und bei Bedarf herzustellen;
- Möglichkeiten und Grenzen der Legitimierbarkeit von Gesetzen auszutesten und in das Verfahren einzubringen, insbesondere die Grenzen des dem Volk zumutbaren einzubringen;
- die Idee der Vorläufigkeit und Änderbarkeit von Recht aufrechtzuerhalten.

Die Idee der so umschriebenen „*funktionsgerechten Organkompetenz*“<sup>72</sup> besteht dann darin, diese Grundfunktionen und die in ihnen liegenden Potentiale und Grenzen zu erkennen, zu effektivieren und Gefährdungen abzuwehren. Diese können sich in unterschiedlichen Sachmaterien und unterschiedlichen Interessenkollisionen ganz unter-

71 Es geht also nicht um Begründungslasten des Gesetzgebers, sondern solche gegenüber dem Gesetzgeber, genauer: einer zentralen gesetzgebenden Instanz.

72 Zu ihr BVerfGE 68, 1 (86); 95, 1 (15); 98, 218 (251, 252); 121, 135 (162); Möllers, aaO (Fn. 62), 493 (497 ff.); ders., aaO (Fn. 28), S. 68 ff. (73 ff.); Horn, AöR 127 (2002) S. 427 (447 ff., 451 ff.).

schiedlich darstellen. Ein solches Vorgehen würde insbesondere der Gefahr vorbeugen, die genannten Mitwirkungsformen als bloße „Verlustliste“ gegenüber einer angeblich besseren Vergangenheit zu begreifen.

#### IV. Gesetzgebung in der Krise oder Krise der Gesetzgebung?

Wenn Gesetzgebung (auch) eine Reaktion auf Umwelteinflüsse darstellt, ist Sicherheitsgesetzgebung auch eine Reaktion auf Unsicherheits-, Gefahren- oder Krisenkommunikation. Sie prägt nicht nur den Anlass, sondern vielfach auch die Problembeschreibungen, Lösungsansätze und die Bedingungen der Diskussion über beide. Wahrgenommener Zeitdruck, erhöhte Geheimhaltungsbedürfnisse und hoher Legitimations- und Verantwortungsdruck (Wer trägt die Verantwortung für die intendierte Verhinderung des nächsten Terroranschlags oder aber umgekehrt für deren Scheitern?) sind Spezifika einer Materie, deren Auswirkungen auf die Gesetzgebung bislang wenig erforscht sind. Für die Sicherheitsgesetzgebung stellen sich hier vielfältige Aufgaben und Herausforderungen. Sie liegen gewiss weniger in der Gefahr einer allzu weitreichenden Übernahme von Exekutivfunktionen durch die Legislative. Sie liegen zumindest gleichermaßen in einer Analyse mit dem Ziel, Wirkungsmöglichkeiten und -bedingungen der Parlamente auf diesem spezifischen Politikfeld zu analysieren und ggf. zu sichern.

Die staatsrechtliche Diskussion bewegt sich an dieser Stelle zwischen zwei Extremen: Einerseits der Forderung nach Aufladung des Gesetzgebungsverfahrens mit hohen Prüfungs-, Darlegungs- und Begründungslasten,<sup>73</sup> andererseits der Klage über die zunehmende Entparlamentarisierung des politischen Prozesses, namentlich auch der Gesetzgebung.<sup>74</sup> Was kann, was soll parlamentarische Gesetzgebung leisten, und was kann und soll Politikberatung gegenüber dem Parlament leisten? Gibt es zu wenig Beratung oder zu viel?<sup>75</sup> Und liegt in ihr eine Gefährdung oder umgekehrt eine Stärkung der Demokratie?<sup>76</sup> Für die Sicherheitsgesetzgebung steht die Beantwortung der meisten dieser Fragen noch am Anfang.

73 Dazu grundlegend *Kloepfer*, VVDStRL 40 (1982), S. 63 ff.; deutlich zurückgenommen *Li-enbacher/Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), S. 7 ff./49 ff.

74 Dazu *Herdegen/Morlok*, VVDStRL 62 (2003), S. 7 ff./37 ff.

75 Letzteres diagnostiziert *Willoweit*, in: SZ v. 20.1.2011, <http://www.sueddeutsche.de/wissen/politik-und-beratung-zu-viel-beratung-1.1057110>, zuletzt abgerufen am 8.8.2012.

76 So die Fragestellung der *Johann Joachim Becher Stiftung* zu ihrer Preisauslobung 2012: „Sachverständige Politikberatung: Funktionsbedingung oder Gefährdung der Demokratie?“.