DENNIS-KENJI KIPKER

Informationelle Freiheit und staatliche Sicherheit

Internet und Gesellschaft
4

Mohr Siebeck

Internet und Gesellschaft

Schriften des Alexander von Humboldt Institut
für Internet und Gesellschaft

Herausgegeben von
Jeanette Hofmann, Ingolf Pernice,
Thomas Schildhauer und Wolfgang Schulz

4

Dennis-Kenji Kipker

Informationelle Freiheit und staatliche Sicherheit

Rechtliche Herausforderungen moderner Überwachungstechnologien

Mohr Siebeck

Dennis-Kenji Kipker, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Bremen; 2015 Promotion; seit 2011 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Informations-, Gesundheits- und Medizinrecht (IGMR) an der Universität Bremen; seit 2015 verantwortlicher Mitarbeiter für das vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) geförderte Forschungsprojekt „Vernetzte IT-Sicherheit für Kritische Infrastrukturen"; seit 2013 Lehraufträge an der Hochschule Bremerhaven sowie Gastdozentenaufenthalte an den Universitäten Wien, Lublin und Nicosia.

Diese Veröffentlichung lag dem Promotionsausschuss Dr. jur. der Universität Bremen als Dissertation vor.

Gutachter: Prof. Dr. Benedikt Buchner, LL.M. (UCLA), Universität Bremen

Gutachterin: Prof. Dr. Marie-Theres Tinnefeld, Hochschule München

Das Kolloquium fand am 04. Mai 2015 statt.

ISBN 978-3-16-154114-8 / eISBN 978-3-16-160499-7 unveränderte eBook-Ausgabe 2021
ISSN 2199-0344 (Internet und Gesellschaft)

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

Das Buch wurde von epline in Kirchheim/Teck gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

„They who can give up essential liberty to obtain a little temporary safety, deserve neither liberty nor safety.“

Benjamin Franklin, Remarks on the Propositions, in: William Temple Franklin (Hrsg.), Memoirs of the Life and Writings of Benjamin Franklin, Vol. 1, London 1818, S. 517

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2014/2015 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen als Dissertationsschrift angenommen. Sie befindet sich auf dem Stand von August 2015.

Bedanken möchte ich mich vor allem bei meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Benedikt Buchner, der den Entstehungsprozess des Werkes stets mit großem Interesse verfolgt und mir in allen Fragen viel Unterstützung gegeben hat. Besonderer Dank gilt darüber hinaus Frau Prof. Dr. Marie-Theres Tinnefeld, Herrn Prof. Dr. Friedhelm Hase sowie Herrn Prof. Dr. Tobias Herbst. Bedanken möchte ich mich ebenso bei Hauke und Robert Gärtner, bei Wilhelm Müller sowie bei meinen Institutskolleginnen und -kollegen für die hilfreichen Hinweise während des Entstehungsprozesses der Arbeit.

Gedankt sei auch der Anwaltskanzlei Büsing, Müffelmann & Theye für die Auslobung des Promotionspreises des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Bremen und des Senators für Justiz und Verfassung der Freien Hansestadt Bremen, mit dem die Dissertation im November 2015 ausgezeichnet wurde.

Gewidmet ist diese Schrift meinen Eltern Yasuko und Karl-Wilhelm Kipker, ohne deren rückhaltlose Unterstützung all dies nicht möglich gewesen wäre.

Bremen, den 1. Dezember 2015 Dennis-Kenji Kipker

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AG	Amtsgericht
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
APR	Allgemeines Persönlichkeitsrecht
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Artt.	Artikel (Plural)
ATD	Antiterrordatei
ATDG	Gesetz zur Errichtung einer standardisierten zentralen Antiterrordatei von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten von Bund und Ländern (Antiterrordateigesetz)
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayLfD	Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz
BayLT-Drs.	Bayerischer Landtag Drucksache
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BBK	Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe
BB-LT	Landtag Brandenburg
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BfDI	Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BKA	Bundeskriminalamt
BKAG	Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten (Bundeskriminalamtgesetz)
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMI	Bundesministerium des Innern
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BND	Bundesnachrichtendienst
BNDG	Gesetz über den Bundesnachrichtendienst (BND-Gesetz)
BPol	Bundespolizei
BPolG	Gesetz über die Bundespolizei (Bundespolizeigesetz)

BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BremDSG	Bremisches Datenschutzgesetz
BremIFG	Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Bremen (Bremer Informationsfreiheitsgesetz)
BremPolG	Bremisches Polizeigesetz
BSI	Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik
BT	Deutscher Bundestag
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes
BVerfSch	Bundesamt für Verfassungsschutz
BVerfSchG	Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz (Bundesverfassungsschutzgesetz)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW-LT	Landtag Baden-Württemberg
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CC ITÜ	Kompetenzzentrum Informationstechnische Überwachung
CCC	Chaos Computer Club
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
ders./dies.	derselbe/dieselbe(n)
Dok.	Dokument
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Drs.	Drucksache
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
E	Entwurf
EG	Europäische Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErgLief.	Ergänzungslieferung
et al.	und andere
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	folgende
FD-StrafR	Fachdienst Strafrecht – Neuigkeiten zum Strafrecht
ff.	fortfolgende
FISA	Foreign Intelligence Surveillance Act
FISC	United States Foreign Intelligence Surveillance Court
FS	Festschrift
FZA	Funkzellenauswertung
G 10	Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz)
GA	Goltdammer´s Archiv für Strafrecht (Zeitschrift)
GDG	Gesetz zur Errichtung gemeinsamer Dateien von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten des Bundes und der Länder (Gemeinsame-Dateien-Gesetz)
GdP	Gewerkschaft der Polizei
GG	Grundgesetz

GOBT	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review (Zeitschrift)
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
i. V. m.	in Verbindung mit
IFG	Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz)
IFGGebV	Verordnung über die Gebühren und Auslagen nach dem Informationsfreiheitsgesetz (Informationsgebührenverordnung)
IMSI	International Mobile Subscriber Identity
INDECT	Intelligent information system supporting observation, searching and detection for security of citizens in urban environment (EU-Forschungsprojekt)
IT	Informationstechnologie
IuK	Informations- und Kommunikationstechnik
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung
K&R	Kommunikation & Recht (Zeitschrift)
lit.	littera
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MAD	Militärischer Abschirmdienst
MADG	Gesetz über den Militärischen Abschirmdienst (MAD-Gesetz)
MMR	MultiMedia und Recht (Zeitschrift)
NCAZ	Nationales Cyber-Abwehrzentrum
Nds.-LT	Niedersächsischer Landtag
NJ	Neue Justiz (Zeitschrift)
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-Beil.	NJW-Beilage
NJW-CoR	Computerreport der Neuen Juristischen Wochenschrift
Nr.	Nummer
NSA	National Security Agency
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVBl	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OLG	Oberlandesgericht
PKGr	Parlamentarisches Kontrollgremium
PKGrG	Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes (Kontrollgremiumgesetz)
PKK	Parlamentarische Kontrollkommission
Pl.-Prot.	Plenarprotokoll
Quellen-TKÜ	Quellen-Telekommunikationsüberwachung
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
RED	Rechtsextremismusdatei
RED-G	Gesetz zur Errichtung einer standardisierten zentralen Datei von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten von Bund und Ländern zur Bekämpfung des gewaltbezogenen Rechtsextremismus (Rechtsextremismus-Datei-Gesetz)
RFID	Radio-frequency identification

Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
RT	Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik und Juristische Methodenlehre, Rechtsinformatik, Kommunikationsforschung, Normen- und Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts
S.	Satz/Seite
SLB	Standardisierende Leistungsbeschreibung
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum (Zeitschrift)
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
SÜG	Gesetz über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes (Sicherheitsüberprüfungsgesetz)
TK	Telekommunikation
TKG	Telekommunikationsgesetz
U. Pitt. J. L. & Com.	University of Pittsburgh, Journal of Law and Commerce
ubicomp	Ubiquitous Computing
ULD	Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein
UN	United Nations
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
US	United States
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VoIP	Voice over IP
Vorb.	Vorbemerkung
VS	Verschlusssache(n)
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WBeauftrG	Gesetz über den Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages (Gesetz zu Artikel 45b des Grundgesetzes)
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZFdG	Gesetz über das Zollkriminalamt und die Zollfahndungsämter (Zollfahndungsdienstgesetz)
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZKA	Zollkriminalamt
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einleitung

Der Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit wird in unterschiedlichen Formen seit Jahrhunderten von Staatstheoretikern, Philosophen und Politikern diskutiert.[1] Nicht selten wird dabei das Verhältnis dieser beiden Begrifflichkeiten in einem unversöhnlichen Widerspruch zueinander gesehen: Entweder es gibt Freiheit, dann aber keine Sicherheit, oder es gibt Sicherheit, dann aber ohne Freiheit.[2] Das Verhältnis der Freiheit zur Sicherheit und umgekehrt ist in einem Rechtsstaat jedoch nicht durch den gegenseitigen Ausschluss des jeweils anderen Interesses bedingt, sondern stellt vielmehr einen Ausgleich dar, innerhalb dessen jeweils ein Interesse zugunsten des anderen zurücktritt und umgekehrt, wodurch sich im Idealfall beide gegenseitig ergänzen, um angemessen zu ihrer Entfaltung zu gelangen. Es geht folglich nicht um „Freiheit oder Sicherheit" im Sinne eines Ausschlusskriteriums zulasten des jeweils anderen Interesses, sondern um eine Abwägung, innerhalb derer Freiheit und Sicherheit in einem wechselseitigen, gleichberechtigten Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen.

Seit der Computerisierung des 20. Jahrhunderts und der damit einhergehenden Datenverarbeitung ist der Widerstreit zwischen Freiheit und Sicherheit um einen Aspekt erweitert worden: die informationelle Freiheit, welche durch die informationellen Grundrechte geschützt wird. Unter diese zu fassen ist zunächst das im Jahre 1973 mit dem Lebach-Urteil des Bundesverfassungsgerichts[3] geschaffene Allgemeine Persönlichkeitsrecht. Dieses wurde im Laufe der Jahre um verschiedene weitere, durch die Rechtsfortbildung des Bundesverfassungsgerichts begründete Grundrechtsverbürgungen ergänzt: das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Jahre 1983[4] und 2008 das Grundrecht

---

[1] Siehe als historische Beispiele nur *Hobbes*, Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil, S. 151 ff.; *Rousseau*, Du Contract social; ou Principes Du Droit politique, Livre I, S. 8 ff.; vgl. auch *Locke*, Two Treatises of Government: An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government, S. 127 ff., 180 ff.; *Kant*, in: *Biester* (Hrsg.), Berlinische Monatsschrift, Bd. XXII, S. 201, 237: „Ein jedes Glied des Gemeinen Wesens hat gegen jedes Andere Zwangsrechte, wovon nur das Oberhaupt desselben ausgenommen ist (darum weil er von jenem kein Glied, sondern der Schöpfer oder Erhalter desselben ist); welcher allein die Befugnis hat zu zwingen, ohne selbst einem Zwangsgesetze unterworfen zu sein."

[2] Beispielhaft *Denninger*, Der gebändigte Leviathan, S. 43 f.

[3] Siehe BVerfGE 35, 202.

[4] Siehe BVerfGE 65, 1.

auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme[5]. Das Gericht hat folglich den Umfang des Schutzes der Daten von Personen, die durch eine staatliche Datenverarbeitung zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit betroffen sind, kontinuierlich erweitert und dem jeweiligen technischen Entwicklungsstand angepasst.

Vor allem in den vergangenen 20 Jahren wurden in der Computer- und Kommunikationstechnik erhebliche Fortschritte erzielt. Die Allgegenwart moderner, kostengünstiger Informations- und Kommunikationssysteme hat zur Folge, dass immer größere Mengen teils sensitiver personenbezogener Daten ihrer Nutzer generiert werden, die geeignet sind, in der Zusammenschau ein umfassendes Persönlichkeitsprofil des Betroffenen zu ergeben. Dadurch, dass informationstechnische Systeme immer kleiner und leichter in den Alltag integrierbar, dabei aber zugleich leistungsfähiger werden und über verschiedene Sensoren in der Lage sind, Umwelteinflüsse wahrzunehmen und personenbezogene Daten infolge ihrer Einbindung in Kommunikationsnetzwerke mit hohen Übertragungsraten zu übermitteln, wird der Schutz der informationellen Freiheit herausgefordert. Nicht nur, dass private Unternehmen oder Hacker Zugriff auf gespeicherte oder in Übermittlung befindliche Datenbestände nehmen wollen, insbesondere sind es auch Behörden, die zum Zwecke der staatlichen Sicherheit die Vielzahl personenbezogener Daten auf IuK-Geräten für Ermittlungen im Bereich der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung zu nutzen beabsichtigen. Dabei profitieren die staatlichen Organe ebenfalls von den informationstechnischen Fortschritten der vergangenen Jahre, welche es ermöglichen, immer größere Datenmengen nach vorgegebenen Kriterien automatisiert auswerten zu lassen, um potenzielle Störer oder Straftäter zu erkennen. Der Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit wird somit zunehmend auf die informationstechnische Ebene hin verlagert. Erschwerend für die informationelle Freiheit kommt hinzu, dass infolge der terroristischen Anschläge des 11. September 2001 der Ausbau der staatlichen Sicherheitsarchitektur einen Auftrieb erhalten hat, der zur politischen Diskussion darüber führte, ob die informationelle Freiheit in der Vergangenheit überbewertet worden sei, denn „Datenschutz darf kein Terroristenschutz sein“.[6]

Um in Zukunft den gleichberechtigten Ausgleich zwischen informationeller Freiheit und staatlicher Sicherheit zu gewährleisten, ist es notwendig, die in einem immer größeren Umfang stattfindende sicherheitsbehördliche Datenverarbeitung zu begrenzen und weniger grundrechtsintensiv zu gestalten. Hierzu ist primär ein verfahrensbezogener Lösungsansatz zu verfolgen, welcher sowohl die rechtlichen wie auch die technischen Aspekte der Interessenabwägung ein-

[5] Siehe BVerfGE 120, 274.

[6] So der damalige Bundesinnenminister *Schily*, siehe Nds.-LT Drs. 14/2857. Zu den politischen und rechtlichen Folgen, die der 11. September 2001 nach sich zog *Schnorr/Wissing*, ZRP 2001, 534, 534 ff.

bezieht. So kann eine prozedural geschützte automatisierte Datenverarbeitung der Sicherheitsbehörden bereits grundsätzlich den Eingriff in die informationellen Grundrechte ausschließen und darüber hinaus den Kernbereichsschutz für besonders sensitive personenbezogene Daten fördern. Ebenso ist es möglich, Tatunbeteiligte vor Kriminalisierungen zu schützen, soweit hinreichend sichere Auswertungskriterien zur automatisierten Datenverarbeitung herangezogen werden. Speziell im Zusammenhang mit der elektronischen, vernetzten Datenverarbeitung ist es problematisch, welche Beweismitteltauglichkeit digitale Daten besitzen und wie diese durch rechtliche und technisch-organisatorische Maßnahmen im Hinblick auf zunehmend schwieriger nachweisbare Dateimanipulationen verbessert werden kann. Ferner ist die staatliche Kooperation mit Privatunternehmen zur Programmierung von Spähprogrammen wie beispielsweise dem so genannten „Staatstrojaner" zu hinterfragen, welchem im Jahre 2011 infolge zahlreicher datensicherheitsrechtlicher Probleme[7] die öffentliche Aufmerksamkeit zuteil wurde. In diesem Bereich können genauso wie zur Realisierung des Grundrechtsschutzes bei der zunehmenden Nutzung behördlicher Verbunddateien – beispielsweise der Antiterror- oder der Rechtsextremismusdatei – verfahrensbezogene Regelungen dazu beitragen, die Verhältnismäßigkeit staatlichen Eingriffshandelns in die informationellen Grundrechte zu gewährleisten. Dabei sollte sich der Ausgleich von Freiheit und Sicherheit unter Einbeziehung der Öffentlichkeit auf sämtliche staatlichen Tätigkeitsbereiche beziehen, beginnend bei der Gesetzgebung, über die Rechtsanwendung bis hin zur gerichtlichen Kontrolle behördlicher Maßnahmen. Für die Phase der Gesetzgebung ist insbesondere die Zweckmäßigkeit neu zu erlassender Sicherheitsgesetze und deren hinreichende Bestimmtheit sicherzustellen. Die Kontrolle der Rechtsanwendung betrifft das Vorhandensein und die Durchsetzbarkeit von behördlichen Informationspflichten und Betroffenenrechten sowie Rechtsschutzmaßnahmen. Daneben muss sicherheitsbehördliches Handeln auch einer außergerichtlichen, zusätzlichen Kontrolle zugänglich sein. Hier ist vor allem die Tätigkeit des Parlamentarischen Kontrollgremiums und der G 10-Kommission entscheidend.

Nur indem der Ausgleich von informationeller Freiheit und öffentlicher Sicherheit umfassend und auf allen Ebenen des staatlichen Handelns stattfindet, kann verhindert werden, dass langfristig die Gewährleistungen der informationellen Freiheit ausgehöhlt und eines Tages vollständig zugunsten der technischen Verheißungen moderner Ermittlungsinstrumente geopfert werden.

---

[7] Siehe hierzu *CCC*, Analyse einer Regierungs-Malware, 08. 10. 2011, abrufbar unter: http://www.ccc.de/system/uploads/76/original/staatstrojaner-report23.pdf (Stand: 03. 08. 2015).

Teil 1

Das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit in der Informationsgesellschaft

Staatliche Maßnahmen der Sicherheit können in die Freiheit des Bürgers eingreifen, sodass es nicht selten zu einem Konflikt zwischen diesen beiden oftmals divergenten Interessen kommt, der durch eine zunehmende Komplexität und Vielschichtigkeit gekennzeichnet ist.

Damit dieses Spannungsverhältnis in Bezug auf die informationstechnischen Herausforderungen unserer Zeit reguliert werden kann, ist es notwendig zu definieren, wie Freiheit und Sicherheit jeweils verstanden werden können. Nur so ist es möglich, eine Einsicht darüber zu erlangen, warum Freiheit und Sicherheit ein Gegensatzpaar bilden, welches nie in einen Ausgleich zueinander gebracht werden kann, sollten nicht Kompromisse sowohl auf der einen wie auch auf der anderen Seite gemacht werden.[1] Ausgehend von diesem Standpunkt erscheint es naheliegend, das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit nicht als unlösbaren Widerstreit[2] zu verstehen, sondern ihm einen Ausgleich zu eröffnen, der eine verfahrensmäßige Begrenzung beider Interessen notwendig macht. Durch einen solchen Ausgleich wird zugleich auch der Maßstab begründet, an dem staatliche Maßnahmen der Sicherheit zukünftig in rechtlicher wie technischer Hinsicht zu messen sind.

A. Die Freiheit

Freiheit kann auf unterschiedliche Weise verstanden werden. Vor allem seit dem 21. Jahrhundert weist der Freiheitsbegriff zunehmend eine technologische Komponente auf, die in die rechtlichen Betrachtungen einfließen muss. Einerseits erweitert die technologische Entwicklung den Handlungsrahmen des Einzelnen, gleichzeitig werden durch sie jedoch auch neue Gefährdungen für die Privatsphäre begründet, denen durch die Schaffung der informationellen Freiheit Rechnung getragen wird.

---

[1] Vgl. *Hoffmann-Riem*, ZRP 2002, 497, 498.

[2] Vgl. *Denninger*, Der gebändigte Leviathan, S. 43 f.; vgl. in Bezug auf die Bedrohung durch den internationalen Terrorismus auch *Prantl*, Der Terrorist als Gesetzgeber: Wie man mit Angst Politik macht, S. 16 ff.

I. Umfassender Freiheitsbegriff

Es gibt keine allgemeingültige Definition der Freiheit. Diese Nichtdefinition des Begriffes bildet noch am ehesten das ab, was unstreitig ist. Freiheit kann vieles und auch unterschiedliches bedeuten; nicht ausgeschlossen ist sogar ein gegensätzliches Verständnis von Freiheit: Was für den einen Freiheit ist, ist für den anderen ein Zustand der Unsicherheit, die ihn in seinem unabhängigen Handeln und damit in der Autonomie hemmt.[3] Freiheit kann zuvorderst in einem philosophischen Sinne verstanden werden.[4] Darüber hinaus ist Freiheit aber auch ein Begriff, der einer politischen, religiösen, kulturellen, sozialen, psychologischen und nicht zuletzt auch einer rechtlichen Definition[5] zugänglich ist. Freiheit kann auf unterschiedlichste Weise methodisch abgegrenzt werden, so sind neben Positiv- auch Negativdefinitionen möglich.[6]

II. Der verfassungsrechtliche Freiheitsbegriff

Verfassungsrechtlich kann Freiheit verstanden werden als die Möglichkeit zur selbstbestimmten Wahrnehmung der eigenen Lebensgestaltung.[7] Das eigene Leben kann nur selbst gestaltet werden, wenn keine Furcht vor dem besteht, was man zu tun beabsichtigt. Der Freiheitsbegriff macht sich somit an der Furcht fest, etwas nicht zu tun. Diese Furcht kann genauso wie die Freiheit an unterschiedlichen Faktoren zu bemessen sein. Der Verfassungsrechtler *Di Fabio* stellt hierzu fest: „Wer Angst um Leben und Gesundheit, seine Bewegungsfreiheit, seine Ehre oder sein Eigentum haben muss, kann in einem substanziellen Sinne nicht frei sein."[8] Sogar die Sicherheit als der Schutz vor Eingriffen in die Integrität kann demnach, obwohl sie genauso im Widerspruch zur Freiheit stehen kann, ein Bestandteil ihrer sein. Freiheit und Sicherheit schließen sich folglich zwar nicht definitorisch aus, begrenzen sich aber gegenseitig. Wo dieser Grenzpunkt zu verorten ist, ist von der jeweiligen Materie abhängig, auf welche sich die Freiheit beziehen soll: Wenn es um die Freiheit geht, in seinem Handeln die Garantie zu haben, vor hoheitlichen Eingriffen geschützt zu sein, steht eine

---

[3] Vgl. *Janke*, Existenzphilosophie, S. 21 ff.

[4] Siehe beispielsweise nur den bereits seit langem diskutierten Themenkomplex um Freiheit und Determinismus, dazu *Seebass*, Handlung und Freiheit, S. 131 ff.

[5] Beispielsweise wenn es um die Willensfreiheit geht, die sowohl im Zivil- wie auch im Strafrecht eine Rolle spielt, ob eine natürliche Person für ihre Handlungen rechtlich verantwortlich gemacht werden kann. Kritisch setzt sich mit der tatsächlichen Existenz der Willensfreiheit in Bezug auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit *Schiemann*, NJW 2004, 2056, 2056 ff. auseinander.

[6] Vgl. beispielsweise *Gerhardt*, Das Prinzip der Individualität, S. 84, welcher die Eigenschaften „Freiheit" und „Zwang" gegeneinander abgrenzt.

[7] Vgl. BVerfGE 6, 32, 40 f.

[8] *Di Fabio*, NJW 2008, 421, 422.

wehrhafte Freiheit in Rede. In der Freiheitsordnung Deutschlands wird diese wehrhafte Freiheit des einzelnen Individuums durch die im Grundgesetz niedergelegten Grundrechte als Abwehrrechte ausgefüllt.[9] Es handelt sich mithin um eine verfassungsrechtliche Ausprägung des Freiheitsgedankens mit dem rechtsstaatlichen Ziel der Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit staatlicher Eingriffe.[10]

III. Der technologische Freiheitsbegriff

Auch bei der Betrachtung des Grundrechtekataloges der Artt. 1 bis 19 GG wird deutlich, wie vielschichtig und umfassend die verfassungsrechtliche Freiheit verstanden werden kann: Da das Recht ein Abbild des täglichen Lebens darstellt, umfassen die im Grundgesetz genannten Freiheitsrechte nahezu sämtliche Lebensbereiche. Mit Blick auf das 21. Jahrhundert und die mit ihm einhergehende technologische Entwicklung werden speziell solche Freiheitsrechte eine immer größere Bedeutung erlangen, die sich aus der Nutzung der Technik und deren Einbindung in das Leben wie auch den Umgang des Einzelnen hiermit ergeben. Alle Aspekte, die hiermit verbunden sind, können dem technologischen Freiheitsbegriff zugeordnet werden.

In den vergangenen zwei Jahrzehnten wurden vor allem im Bereich der digitalen Kommunikationsnetzwerke sowie in der Mikroelektronik große Fortschritte erzielt. Heutige informationstechnische Systeme können derart viele Daten speichern und verarbeiten, dass sie dazu in der Lage sind, komplette Ausschnitte aus dem Lebensbereich ihrer Nutzer wiederzugeben, wobei mit jeder Gerätegeneration der Funktionsumfang zunimmt. Der technologische Freiheitsbegriff unterliegt dementsprechend einer Dynamik, die es erschwert, ihn rechtlich zu definieren. Aus diesem Grunde kann der geschriebene Grundrechtekatalog des Grundgesetzes, welches bereits im Jahre 1949 in Kraft trat[11], es auch nicht leisten, den technologischen Freiheitsbegriff vollständig zu erfassen. Ausdrücklich ist im Grundgesetz nur das Fernmeldegeheimnis gem. Art. 10 Abs. 1 3. Alt. GG als Grundrecht mit einem individuellen technologischen Bezug genannt. Dieses umfasst den Schutz des Telekommunikationsverkehrs vor jeglicher Kenntnisnahme von dessen Inhalten,[12] mithin wird der Schutz der kommunikativen Privatsphäre gewährleistet. Aus der zunehmenden Technisierung der Gesellschaft heraus entstand jedoch das rechtliche

---

[9] Vgl. *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, S. 413, 414 f. Siehe detailliert zur historischen Herleitung und rechtlichen Stellung des Abwehrrechts *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte.

[10] Vgl. *Hoffmann-Riem*, ZRP 2002, 497, 497.

[11] *Gerlach*, Bundesrepublik Deutschland – Entwicklung, Strukturen und Akteure eines politischen Systems, S. 38.

[12] BVerfGE 100, 313, 358 ff.; 106, 28, 37; 110, 33, 52 f.; vgl. auch *Durner*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz-Kommentar, Art. 10, Rn. 81 f.

Bedürfnis, auch solche neuen Informations- und Kommunikationsinstrumente dem Schutz der Verfassung zu unterstellen, die bisher nicht ausdrücklich im Grundgesetz benannt wurden, zumal hierdurch neue grundrechtliche Gefährdungslagen entstanden.[13] Diese sind vor allem darauf zurückzuführen, dass immer größere personenbezogene Datenmengen auf IuK-Systemen gespeichert und global ausgetauscht werden. Bereits heute können sich deren Benutzung im alltäglichen Leben immer weniger Personen entziehen, ohne sozialen und wirtschaftlichen Nachteilen ausgesetzt zu sein. Die Angewiesenheit auf die informationstechnische Vernetzung wird darüber hinaus durch neue Produkte immer weiter vorausgesetzt werden, man denke in diesem Zusammenhang allein an das Ubiquitous Computing (ubicomp)[14] und das damit verbundene so genannte „Internet der Dinge"[15], welches die Allgegenwärtigkeit vernetzter informationstechnischer Systeme zum Ziel hat. Dementsprechend wurde die technologische Freiheit durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung aus den bestehenden schriftlichen Grundrechtsverbürgungen heraus schrittweise an die Entwicklungen der Zeit angepasst und auf diese Weise letztlich um die informationelle Freiheit erweitert.

IV. Die verfassungsgerichtliche Begründung der informationellen Freiheit

Während die technologische Freiheit den Oberbegriff für sämtliche Handlungen darstellt, die mit der individuellen Nutzung technischer Geräte verbunden sind, kann die informationelle Freiheit als diejenige Freiheit verstanden werden, welche speziell mit der Nutzung moderner informations- und kommunikationstechnischer Systeme einhergeht. Sie bildet somit nur einen Ausschnitt der technologischen Freiheit ab und verfolgt den Zweck, vor den Gefahren für die

---

[13] Eine ähnliche Problematik erkannten bereits im Jahre 1890 die US-amerikanischen Juristen Samuel D. Warren und Louis D. Brandeis, indem sie feststellten, dass aufgrund der damals neuen technologischen Entwicklungen, beispielsweise durch die Einführung der Fotografie, der Einzelne in seiner Persönlichkeitssphäre gefährdet ist. In diesem Zusammenhang forderten sie ein „right to be let alone", das sie aus den Vorschriften zum Schutz des geistigen Eigentums ableiteten. *Warren/Brandeis*, Harv. L. Rev. 4(5), 1890, 193 ff.; neuerdings auch übersetzt von *Hansen/Weichert*, DuD 2012, 755 ff.

[14] Dazu vertiefend *Coroama et al.*, Leben in einer smarten Umgebung: Ubiquitous-Computing-Szenarien und -auswirkungen; *Mattern*, in: *ders.* (Hrsg.), Total vernetzt: Szenarien einer informatisierten Welt, S. 1 ff.; *Roßnagel*, in: *Bizer et al.*, Innovativer Datenschutz – Wünsche, Wege, Wirklichkeit, Festschrift für Helmut Bäumler, S. 335 ff.

[15] Hierzu detailliert *Fleisch/Mattern* (Hrsg.), Das Internet der Dinge, Ubiquitous Computing und RFID in der Praxis, speziell zu den datenschutzrechtlichen Problemen dabei *Langheinrich*, in: *Fleisch/Mattern* (Hrsg.), Das Internet der Dinge, Ubiquitous Computing und RFID in der Praxis, S. 329 ff. und *Thiesse*, in: *Fleisch/Mattern* (Hrsg.), Das Internet der Dinge, Ubiquitous Computing und RFID in der Praxis, S. 363 ff.

Persönlichkeitssphäre zu schützen, die mit der Nutzung solcher Systeme in der Informationsgesellschaft einhergehen. Die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen der informationellen Freiheit sind aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsfortbildung heraus entstanden. In jeweils drei Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht drei neue Grundrechte geschaffen, die, da sie dem Schutz der informationellen Freiheit zu dienen bestimmt sind, zusätzlich zum Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 Abs. 1 3. Alt. GG[16] als „informationelle Grundrechte" bezeichnet werden können: das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in all seinen Ausprägungsformen, das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung[17] sowie das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (IT-Grundrecht).[18] Das APR als ältestes dieser informationellen Grundrechte, welches auf Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG basiert, wurde bereits im Jahre 1954 vom Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung beachtet,[19] das Bundesverfassungsgericht hat seine eigenständige Bedeutung im Jahre 1973 herausgestellt[20]. Zwar wurde das APR nicht innerhalb eines informations- oder kommunikationstechnischen Bezuges entwickelt, jedoch nimmt der in der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung postulierte Persönlichkeitsschutz eine Vorreiterrolle für die spätere grundrechtliche Entwicklung in diesem Bereich ein. Im Jahre 1983 wurde, basierend auf den Erwägungen des Mikrozensus-Beschlusses von 1969[21], im Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung als eine Mittelstufe entwickelt, welches bereits die Gefahren, die sich aus massenhaften Datenerhebungen und deren automatisierter Auswertung ergeben können, berücksichtigte.[22] Das neueste der informationellen Grundrechte ist das IT-Grundrecht, welches erst im Jahre 2008 im Online-Durchsuchungs-Urteil des Bundesverfassungsgerichts als Ausprägung des APR abgeleitet wurde und sich speziell mit den Gefahren der auto-

[16] Es ist denkbar, an dieser Stelle auch das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung gem. Art. 13 Abs. 1 GG als informationelles Grundrecht zu bezeichnen, da es zumindest auch die Schutzsphäre der „eigenen vier Wände" vor unberechtigten staatlichen Eingriffsmaßnahmen schützt. Jedoch geht es bei der Unverletzlichkeit der Wohnung im Kern nicht um den Schutz vertraulicher Daten und der Kommunikation vor technischen Eingriffsmaßnahmen, sodass Art. 13 Abs. 1 GG im Ergebnis nicht unter den Begriff der informationellen Grundrechte zu fassen ist.

[17] Siehe zum Grundrechtseingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Bereich sicherheitsbehördlicher Informationsvorsorge *Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, S. 176 ff.

[18] Siehe zu den Schutzgewährleistungen einzelner informationeller Grundrechte auch *Kutscha/Thomé*, Grundrechtsschutz im Internet?, S. 24 ff.

[19] BGHZ 13, 334, 338; in seiner späteren Verwendung auch BGHZ 26, 349, 354.

[20] BVerfGE 35, 202, 219 ff.

[21] BVerfGE 27, 1, 5 ff.

[22] BVerfGE 65, 1, 41 ff. Siehe zum Charakter des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auch *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, S. 202 ff.

matisierten Datenverarbeitung innerhalb komplexer, vernetzter informationstechnischer Systeme befasst.[23]

Die informationelle Freiheit, welche durch das APR, das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und durch das IT-Grundrecht als den informationellen Grundrechten vermittelt wird, muss gegen die staatlichen Maßnahmen der Sicherheit abgewogen werden. Die informationellen Grundrechte bilden dabei in ihrer primären Funktion als Abwehrrechte[24] eine Schutzgewährleistung gegenüber staatlichem Handeln. Erst durch ihre verfassungsrechtlichen Garantien können neue informations- und kommunikationstechnische Systeme mit für den Betroffenen kalkulierbaren Risiken genutzt werden. Letztlich kann ebenfalls nur durch eine hinreichende informationelle Freiheit erreicht werden, dass ein demokratisches Gemeinwesen, welches auf die Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger angewiesen ist, funktionsfähig bleibt.[25]

B. Die Sicherheit

Die Sicherheit kann in erster Linie als staatliche Sicherheit, das heißt als Schutzgewährleistung durch die staatlich verfasste Ordnungsmacht verstanden werden. Bei der Betrachtung dieser „durch den Staat" vermittelten Sicherheit dürfen ebenfalls nicht die politischen Entwicklungen der vergangenen Jahre außer Acht gelassen werden, welche eine Befugniserweiterung der entsprechenden Behörden zur Folge hatten. Berücksichtigt werden muss dabei aber stets, dass die Verfolgung staatlicher Sicherheitsinteressen nicht zu einem bloßen Selbstzweck werden darf.

I. Sicherheit durch den Staat

Der Sicherheitsbegriff steht ebenso wie der Freiheitsbegriff in einem gesellschaftlichen und technologischen Kontext,[26] sodass es für ihn keine einheitliche Definition gibt, sondern ihm vielmehr eine begriffliche Unschärfe zugrunde liegt[27]. Für den Bereich der öffentlichen, durch den Staat vermittelten Sicherheit hat der Präsident des Bundeskriminalamtes *Ziercke* eine Begriffsbestimmung unternommen: „Sicherheit kann beschrieben werden als ein Zustand, in dem

---

[23] BVerfGE 120, 274, 313 ff.

[24] Vgl. allgemein *Klein*, NJW 1989, 1633, 1633.

[25] Vgl. BVerfGE 113, 29, 46.

[26] Vgl. *Lang*, Das Antiterrordateigesetz: Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten im Lichte des Trennungsgebotes, S. 7 f.

[27] Vgl. *Stoll*, Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft: Verfassungsordnung, Umwelt- und Technikrecht im Umgang mit Unsicherheit und Risiko, S. 15.

Sachregister