

Schriften zum Strafrecht

Band 248

Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht

Eine Untersuchung zu den Grundlagen und Kriterien
legitimer Terrorismusprävention

Von

Katrin Gierhake



Duncker & Humblot · Berlin

KATRIN GIERHAKE

Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit
und Strafe im Recht

Schriften zum Strafrecht

Band 248

Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht

Eine Untersuchung zu den Grundlagen und Kriterien
legitimer Terrorismusprävention

Von

Katrin Gierhake



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn hat diese Arbeit
im Jahre 2012 als Habilitationsschrift angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-14141-8 (Print)
ISBN 978-3-428-54141-6 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84141-7 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinem akademischen Lehrer
Rainer Zaczyk
gewidmet*

*„(E)s kann so wenig eine nicht freiheitlich denkende Freiheitspraxis
wie ein praktisch konsequenzloses Freiheitsdenken geben.“*

Thomas S. Hoffmann
Hegel/Eine Propädeutik (2004), S. 16

Vorwort

Die vorliegende Schrift wurde von der Bonner Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät im Wintersemester 2012/2013 als Habilitationsschrift angenommen. Geschrieben wurde sie im Wesentlichen in der Zeit zwischen 2006 und Mitte 2012; danach erschienene Literatur konnte nur noch vereinzelt berücksichtigt werden.

Die Arbeit weiß sich einem Ansatz der Strafrechtswissenschaft verpflichtet, dessen Anliegen eine an der Autonomie des Einzelnen orientierte Rechtsbegründung ist. Mit der vorliegenden Schrift soll dieser Ansatz für die aktuelle und drängende Problematik der Sicherheitsgesetzgebung, insbesondere im Bereich der Terrorismusprävention, fruchtbar gemacht werden. Ziel ist es, die (straf-)rechtswissenschaftliche Diskussion um Grundlagen und Kriterien zu bereichern, die eine feste Beurteilung der Legitimität moderner Sicherheitsgesetze ermöglichen.

Den Zugang zum rechtsbegründenden Denken aus dem Ursprung menschlicher Freiheit verdanke ich meinem akademischen Lehrer Herrn Prof. Dr. Rainer Zaczyk. Ihm ist die Arbeit in Verbundenheit und Dankbarkeit gewidmet. Unvergessen bleiben zahlreiche Seminare und Gespräche mit intensiver gemeinsamer Arbeit an großen Texten der Geistesgeschichte und der von Vertrauen, Respekt und Witz geprägte Lehrstuhllalltag.

Herrn Prof. Dr. Urs Kindhäuser bin ich für die zügige Erstellung des zweiten Gutachtens sehr verbunden.

Herrn Niklas Schmidt danke ich für seine aufmerksame Durchsicht des Manuskripts und die wertvolle Hilfe bei der Erstellung und Korrektur der Druckfassung. Die Finanzierung dieser Hilfestellung verdanke ich der Förderung durch das Maria von Linden-Programm der Universität Bonn.

Zum Gelingen der Arbeit hat ganz wesentlich auch meine Kollegin und Freundin Dr. Bettina Noltenius beigetragen – nicht nur durch wertvolle Diskussionen, Anregungen und Kritik, sondern auch durch die tägliche vertrauensvolle Zusammenarbeit am Lehrstuhl und ihre persönliche Unterstützung. Dafür möchte ich ihr ganz herzlich Dank sagen.

Ohne das große Verständnis, den Rückhalt und die Ermutigung meines Mannes Stephan Grün hätte ich die Arbeit nicht schreiben können. Ihm und auch meinen Eltern Gisela und Klaus Gierhake sage ich an dieser Stelle Dank für ihre liebevolle Begleitung des Projekts.

Bonn, im Frühjahr 2013

Katrin Gierhake

Inhaltsverzeichnis

Teil 1

Einführung: Zur Notwendigkeit einer grundlegenden rechtlichen Verhältnisbestimmung von Freiheit, Sicherheit und Strafe	19
A. Herausforderung des Rechtsstaates durch den internationalen Terrorismus	20
B. Zur Problematik der Verhältnisbestimmung von Freiheit und Sicherheit . . .	26
C. Zur wachsenden Bedeutung des Sicherheitsaspekts im gegenwärtigen Strafrecht	30
I. Die Spannung zwischen den Prinzipien des Schuldstrafrechts und dem modernen Effizienz- und Präventivgedanken im Strafrecht	32
II. Das Problem des Begründungszusammenhangs zwischen einem freiheitlichen Recht, der Sicherheit und dem Instrument der Strafe	38
D. Gang der Arbeit	45

Teil 2

Rechts- und staatsphilosophische Grundlegung zum Verhältnis von Freiheit und Sicherheit im Rechtsstaat	48
A. Einführung und Überblick	48
I. Die Legitimation staatlicher Macht als Aufgabe der Rechts- und Staatsphilosophie	48
II. Überblick: Staatskonzeptionen von <i>Thomas Hobbes</i> bis <i>Carl Schmitt</i>	50
B. Sicherheitsgewährleistung als originäre Aufgabe des Staates: <i>Hobbes' Leviathan als Modell eines „Sicherheitsstaats“</i>	56
I. Der Naturzustand bei <i>Hobbes</i> und sein Freiheitsbegriff	56
II. Übergang zur bürgerlichen Gesellschaft (Staatsbegründung) und der Aspekt der Sicherheit	60
III. Kritik des <i>Hobbesschen</i> Staatsmodells	63
1. Unzulänglichkeit des anthropologischen Ausgangspunkts	63
2. Rechtspersonlichkeitsverlust des Einzelnen im staatlichen Zustand	65
3. Fehlende Rechtsbindung der souveränen Gewalt	66
4. Unzureichender Freiheitsbegriff	69
IV. Zusammenfassung zum <i>Hobbesschen</i> „Sicherheitsstaat“	71

C. Begrenzung des staatlichen Wirkens auf Maßnahmen der Sicherheit:	
<i>Wilhelm von Humboldts</i> Staatsidee	72
D. Staatsbegriff aus Freiheit: Immanuel Kant	76
I. Einführung in <i>Kants</i> Rechtslehre und erste Abgrenzung zu <i>Hobbes</i> und <i>v. Humboldt</i>	76
II. Zum Freiheits- und Rechtsbegriff bei <i>Kant</i>	80
1. Freiheit bei <i>Kant</i>	80
2. Der Rechtsbegriff <i>Kants</i>	90
3. Zusammenfassung zu II.	94
III. Vom Privatrecht zum öffentlichen Recht oder: vom Zustand des proviso- rischen Rechts zu dem der Rechtssicherheit	94
IV. Strukturen des Staates und das Prinzip der öffentlichen Gerechtigkeit	99
1. Rechtsgesetze, Staatsmacht und das Prinzip der Gewaltenteilung	99
2. Die öffentliche Gerechtigkeit	101
a) Die Gerechtigkeitsformen	103
b) Das Prinzip der Öffentlichkeit	107
3. Zusammenfassung zu III. und IV.	110
V. Zusammenfassung zum Verhältnis von Freiheit und Sicherheit bei <i>Kant</i> ...	112
E. Substantieller Staat <i>Hegels</i> als „Wirklichkeit der konkreten Freiheit“	114
I. Einführung in <i>Hegels</i> rechtsphilosophisches Denken	114
II. Freiheitsbegriff und Recht als „Dasein der Freiheit“	117
III. Freiheit und Sicherheit im <i>Hegelschen</i> System der Sittlichkeit	122
1. Die bürgerliche Gesellschaft	123
2. Der substantielle Staat	128
a) Der Staat als Vernunftseinheit	128
b) Das Prinzip der Gewaltenteilung	131
3. Zusammenfassung zu III.	133
IV. Resümee zum <i>Kantischen</i> und <i>Hegelschen</i> Staatskonzept	134
F. Übergang der Staatsphilosophie zum Positivismus in der Staatsrechtslehre:	
<i>Hans Kelsen</i>	135
G. Selbstsicherheit des Staates als Selbstzweck: Autorität statt Begründung bei <i>Carl Schmitt</i>	140
I. Das Wesen der Politik und die Aufgabe des Staates im „Normalfall“	141
II. Der Staat im „Ausnahmestand“	143
III. Zusammenfassung	148
H. Zusammenfassung zum 2. Teil: Staatsphilosophische Entwicklungsschritte des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit im Staat seit <i>Thomas Hobbes</i>	148

Teil 3

Grundzüge der Diskussion um die Freiheits- und Sicherheitsgewährleistung im modernen Verfassungsstaat	152
A. Sicherheit als Grundrecht, Freiheit und Sicherheit als gleichrangige „Verfassungswerte“	152
I. Grundrecht auf Sicherheit? (Isensee)	152
II. Freiheit und Sicherheit als auszubalancierende „Verfassungswerte“? (Brugger, Hillgruber, u. a.)	155
III. Kritik	158
1. Verhältnisbestimmungen, die an der Sicherheit ansetzen	158
2. Abwägung von „Verfassungswerten“	161
B. Substantielle Freiheitseinbußen als Preis der Sicherheit?	168
I. „Selbstbehauptung des Rechtsstaates“ durch „Feindrecht“ (Depenheuer) ...	169
1. „Ernstfall“ versus „Normallage“	170
2. „Feindrecht“	171
3. „Bürgeropfer“	172
II. Kritik	174
C. Zusammenfassung zum 3. Teil: Grundpositionen der verfassungsrechtlichen Verhältnisbestimmung von Freiheit und Sicherheit	177

Teil 4

Erscheinungsformen des Sicherheitsgedankens im gegenwärtigen (materiellen) Strafrecht und die damit einhergehenden Legitimationsprobleme – dargestellt am Beispiel der Terrorismusstraftatbestände	180
A. Die Bildung krimineller bzw. terroristischer Vereinigungen (§§ 129 ff. StGB) 180	
I. Auseinandersetzung um das Schutzgut der §§ 129 ff. StGB	182
1. Der „öffentliche Friede“ als Schutzgut der §§ 129 ff. StGB	183
2. Die im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs enthaltenen Rechtsgüter als Schutzgüter der §§ 129 ff. StGB	193
3. Zusammenfassung zu I.	196
II. Die Tathandlungen der §§ 129 ff. StGB: Vorfeldkriminalisierung, Gefährdungsunrecht oder politische Organisationsanmaßung?	197
1. Die §§ 129 ff. StGB als legitimes „Vorfeld“-Kriminalunrecht?	202
a) Zur Notwendigkeit eines materiellen Unrechtsbegriffs	203
b) Überblick über die zugrunde gelegten Unrechtslehren	213
c) Auf Rechtsgutsverletzungen basierende Unrechtslehren	216
aa) Die Rechtsgutsverletzung als Kern des Verbrechens (M. Marx) ..	216
bb) Die personale Rechtsgutslehre W. Hassemers	222

cc) Das Rechtsgut als „werthafte Funktionseinheit“ (H.-J. Rudolphi)	226
dd) Der „liberale“ Rechtsgutsbegriff C. Roxins	227
ee) Zusammenfassung zu c)	229
d) Die Lehre vom Verbrechen als „sozialunerträgliche, besonders anstößige Verletzung der Gemeinschaftsordnung“ (H. Welzel)	230
e) Das Verbrechen als „Störung eines sozialen Systems“ und die Lehre vom Unrecht als Normdesavouierung	234
aa) Das Verbrechen als „Sozialschaden“ (K. Amelung)	234
bb) Unrecht als Normdesavouierung (G. Jakobs)	237
(1) Verletzung vorgezogener oder flankierender Rechtsgüter	239
(2) Feindstrafrecht	243
(3) Zusammenfassung	247
f) Das Verbrechen als Freiheitsverletzung	247
aa) Unrechtsbegriff im Ausgang von E. A. Wolff	247
(1) Recht als gemeinschaftliche Vernunftleistung	248
(2) Verletzung eines Rechtsverhältnisses (E. A. Wolff und R. Zaczyk)	250
(3) Verletzung des Rechts in seiner besonderen und allgemeinen Geltung (M. Köhler)	253
(4) Zusammenfassung	255
bb) Die Unrechtsqualität der §§ 129 ff. unter Zugrundelegung des freiheitlichen Unrechtsbegriffs	257
cc) Zusammenfassung	265
g) Ergebnis zu 1.	265
2. Die Tathandlungen der §§ 129 ff. StGB als legitimes Gefährdungs-unrecht?	266
a) Die Perspektive der Rechtsgutsverletzungstheorien	269
b) Besondere Form der Organisationsanmaßung (G. Jakobs)	271
c) Beeinträchtigung normativ garantierter Sicherheit (U. Kindhäuser)	274
d) Die Perspektive des freiheitlichen Unrechtsbegriffs (E. A. Wolff u. a.)	281
e) Zusammenfassung zu 2.	285
3. Die Tathandlungen der §§ 129 ff. StGB als „politische Organisations-anmaßung“ (Cancio Meliá)?	286
4. Zusammenfassung zu II.	288
B. Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten (§§ 89a, 89b, 91 StGB)	289
I. § 89a StGB (Vorbereiten einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat)	291
1. Zum Unrechtsgehalt des § 89a StGB	291
2. Legitimationsproblematik: Kriminalunrecht oder strafloses Vorbereitungshandeln?	292

II. § 89b StGB (Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat)	295
III. § 91 StGB (Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat)	296
IV. Zusammenfassung zu B.	298
C. Zusammenfassung zum 4. Teil: Kritik rein präventiver Straftatbestände im gegenwärtigen materiellen Strafrecht	299

Teil 5

Legitime Ausgestaltung moderner Sicherheitsgesetzgebung im Bereich der Terrorismus- und Kriminalprävention: Lösungsansätze, Kritik und eigene Kriterien	301
A. „Feindstrafrecht“ (Jakobs)	302
B. „Kriegsrechtlich orientiertes Präventionsrecht“ (Pawlik)	310
I. Verortung des Terrorismusproblems im Anwendungsbereich des Kriegsrechts („Krieg gegen den Terror“)?	314
1. Terrorismus als Form der Kriegsführung? (Münkler)	316
2. Sinngemäße Anwendung des Kriegsrechts nach Pawlik	319
3. Kritik	320
a) Das gedankliche Fundament des völkerrechtlichen Kriegsrechts	321
b) Anwendung der Grundgedanken des Kriegsrechts auf den „Kampf gegen den Terrorismus“?	325
aa) Völkerrecht: Terrorismusbekämpfung als Form staatlicher Selbstverteidigung?	326
(1) Selbstverteidigung gem. Art. 51 UN-Charta im Interstaatenverhältnis	327
(2) Selbstverteidigungsrecht gem. Art. 51 UN-Charta gegenüber Privaten?	330
(3) Zusammenfassung zur völkerrechtlichen Terrorismusbekämpfung	334
bb) Innerstaatliche Terrorismusprävention nach kriegsrechtlichen Grundsätzen?	335
4. Zusammenfassung zur Verortung des Terrorismusproblems im Bereich des Kriegsrechts	338
II. Verortung des Terrorismusproblems im Bereich der Prävention	338
1. Grundprinzipien rechtsstaatlicher Prävention	339
a) Überblick über die Aufgaben der Polizei	339
b) Das gedankliche Fundament der Prävention: Das staatliche Zwangsrecht	342
aa) Begründung rechtsstaatlicher Zwangsbefugnis nach Kant	343
(1) Begründung der Zwangsbefugnis aus dem Rechtsbegriff	344

(2) Begründung der staatlichen Zwangsbefugnis	347
bb) Begründung des Rechtszwangs bei G. W. F. Hegel	348
(1) Zwangsbegründung im abstrakten Recht	349
(2) Zwang in der bürgerlichen Gesellschaft und im Staat	353
cc) Konsequenzen aus den Fundamentalbestimmungen für die gegenwärtige Ausgestaltung des staatlichen Zwangsrechts	355
c) Der polizeiliche Rechtszwang im Bereich der Unrechtsprävention ...	357
aa) Die „vorbeugende Rechtspflege“ nach Robert von Mohl	357
(1) Unterscheidung zwischen vorbeugender und wiederherstellender Rechtspflege	358
(2) Maßnahmen der Verbrechensvorbeugung	361
(3) Zusammenfassung, Würdigung und Folgerungen	368
bb) Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt (Friedrich Kitzinger)	374
(1) Allgemeine Bedingungen des rechtspolizeilichen Einschreitens	375
(2) Konkrete Befugnisse der Rechtspolizei	377
(3) Zusammenfassung, Kritik und prinzipielle Folgerungen ...	378
cc) Konsequenzen aus den Grundbestimmungen zur (polizeilichen) Unrechtsverhinderung	381
d) Allgemeine Kriterien legitimer Unrechtsprävention	383
aa) Befugnisse zur Feststellung der Unrechtswahrscheinlichkeit ...	383
bb) Materielle Kriterien und Grenzen präventiver Freiheitseingriffe .	384
cc) Rechtsschutz	390
2. Überblick über Unrechtsprävention, sichernde Maßregeln und Untersuchungshaft im geltenden Recht	390
a) Unrechtsprävention nach den Polizeigesetzen	390
b) Sichernde Maßregeln (§§ 61 ff. StGB): Wesen und Legitimation ...	396
aa) Legitimation durch überwiegendes Gemeininteresse	400
bb) Verlust der äußeren Freiheit als Folge mangelnder „innerer Freiheit“ (Welzel)	403
cc) Kritik der Sicherungsmaßregeln nach Michael Köhler	405
dd) Kriterien legitimer Sicherheitsmaßregeln nach einem freiheitlichen Rechtsverständnis	407
c) Untersuchungshaft (insbesondere wegen Wiederholungsgefahr gem. § 112a StPO)	411
d) Zusammenfassung	418
3. Der „Kampf gegen den Terror“ als Teil rechtsstaatlicher Prävention ...	421
a) Besonderheiten der Prävention im Bereich des Terrorismus am Beispiel des Prozesses um die sog. Sauerland-Gruppe	421
b) Zur Ausgestaltung legitimer Terrorismusprävention	430

aa) Befugnisse zur Ermittlung der Wahrscheinlichkeit eines künftigen (terroristisch motivierten) Rechtsbruchs	430
(1) Erste Verdachtsermittlungsphase: Anfänglich diffuser Verdacht aufgrund objektiver Erfahrungswerte	431
(2) Zweite Verdachtsermittlungsphase: Subjektiv begründete, reale Möglichkeit einer Straftatbegehung	435
bb) Zulässige präventive Freiheitseingriffe (insbesondere zur Terrorismusabwehr) bei bestehender Unrechtswahrscheinlichkeit	441
dd) Rechtsschutz	446
4. Zusammenfassung zur Verortung des Terrorismusproblems im Bereich der Prävention	446
C. Zusammenfassung des 5. Teils	447

Teil 6

Zusammenfassung:

Sicherheitsgesetzgebung nach einem freiheitlichen Rechtsverständnis	449
A. Lösung als Rechtsproblem	449
B. Strafrecht als „Sicherheitsstrafrecht“?	451
I. Skizze der Strafbegründung auf der Grundlage eines freiheitlichen Rechtsverständnisses	452
II. Sicherheit durch ein freiheitliches Strafrecht	456
C. Rechtsstaatliche Unrechtsprävention	456
D. Resümee	459
Literaturverzeichnis	460
Personen- und Sachverzeichnis	492

Teil 1

Einführung: Zur Notwendigkeit einer grundlegenden rechtlichen Verhältnisbestimmung von Freiheit, Sicherheit und Strafe

Mit der vorliegenden Arbeit soll nach einem Weg gesucht werden, das wachsende Sicherheitsinteresse einer freiheitlichen Rechtsgemeinschaft mit ihrem Rechtsgrund, der Autonomie jedes einzelnen ihrer Konstituenten, gedanklich konsequent in Einklang zu bringen. Es soll geklärt werden, wie ein *freiheitliches Recht* berechnete *Sicherheitsinteressen* der Gesellschaft in legitimer Weise *integrieren* kann.

Damit ist das Problem der Verhältnisbestimmung zwischen Freiheit und Sicherheit im Staat aufgeworfen. Es stellt sich gleichermaßen auf staats-, ordnungs- und strafrechtlicher Ebene und wird in der gegenwärtigen Debatte dementsprechend aus diesen verschiedenen Perspektiven diskutiert. Insbesondere (aber nicht nur) durch die Bedrohungen, die vom internationalen Terrorismus ausgehen, wird die Frage nach dem Umgang mit Sicherheitsgefährdungen virulent, und es werden grundsätzliche Überlegungen zum Verhältnis von (freiheitlichem) Recht, (sicherheitsorientierter) Prävention und dem Institut der Strafe unumgänglich.¹

Mit dem vorliegenden Einführungskapitel soll die gegenwärtige Diskussion um das *Verhältnis von Freiheit und Sicherheit im Rechtsstaat* (unter A. und B.) sowie um das damit zusammenhängende *Verhältnis von Strafe und Prävention* (unter C.) knapp vorgestellt werden.² Im Anschluss daran findet sich ein *Über-*

¹ *W. Hetzer* fordert eine „Diskussion um die rechtsstaatliche Tiefendimension der Terrorabwehr“ („Terrorabwehr im Rechtsstaat“ ZRP 2005, S. 132 (133)); *W. Hoffmann-Riem* sieht die Notwendigkeit eines öffentlichen Diskurses über die „angemessene Balance von Freiheit und Sicherheit“ („Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge“ ZRP 2002, S. 497). Vgl. zudem *M. Baldus*, „Freiheit und Sicherheit nach dem 11. September 2001 – Versuch einer Zwischenbilanz“ KritV 2005, S. 364 (369), der eine „detailorientierte rechtliche Tiefenanalyse“ und eine Neujustierung der Balance zwischen Freiheit und Sicherheit fordert; ferner *C. Prittowitz*, „„Feinde ringsum“? Zur begrenzten Kompatibilität von Sicherheit und Freiheit“ (2007), S. 225 (237 ff.); *E. Uhr-lau*, „Einleitung“ (2007), S. 287 ff.

² *B. Zabel* spricht in seiner Rezension der Arbeit von *G. L. Morguet*, Feindstrafrecht – eine kritische Analyse (2009), von der „aktuelle(n) Debatte um Grund und Grenzen eines staatlich organisierten Bekämpfungsrechts“ und umschreibt das Problem zutreffend damit, dass die „Logik des modernen Bekämpfungsrechts (...) nahezu notwendig

blick über den Gedankengang der Arbeit (D.), die sich nach einem grundlegenden rechts- und staatsphilosophischen Teil ausführlich mit der verfassungs-, straf- und präventionsrechtlichen Problematik der neueren Sicherheitsgesetzgebung auseinandersetzt.

A. Herausforderung des Rechtsstaates durch den internationalen Terrorismus

Im Zusammenhang mit den Gefährdungen der staatlichen Gemeinschaft durch den internationalen Terrorismus wird vermehrt die Sorge geäußert, dass mit ihnen eine neue Herausforderung für den Rechtsstaat verbunden ist, weil der diffusen, noch nicht konkretisierten Gefahr mit den klassischen polizeirechtlichen Mitteln der Gefahrenabwehr nicht wirksam beizukommen sei.³ Die Polizei habe es nicht mehr nur mit einer sichtbaren, personell individualisierbaren und zeitlich abschätzbaren, eben *konkreten* Gefahr zu tun, sondern mit einer „unabsehbar großen Zahl einzelner, unsichtbarer und unbekannter Risikoquellen, die nach jahre- oder jahrzehntelanger Latenz (...) plötzlich an unvermutetem Ort und in unvorhersehbarer Art und Weise, aber mit höchster, vor Selbstzerstörung nicht zurückerschreckender Tatenergie aktiv werden.“⁴

Wenn der Staat in einer solchen Situation nicht schlicht untätig bleiben soll, müsse, so mehren sich die Stimmen, die Eingriffsschwelle vorverlegt werden,

Zurechnungs- und Sanktionsstrategien (generiere), die ein am Autonomiebewusstsein des Einzelnen und den entsprechenden Freiheitsformen orientiertes Gemeinwesen an die Grenzen seiner Belastbarkeit führ(e)“ (GA 2009, S. 670 u. 672).

³ Siehe dazu z. B. *E. Denninger*, „Freiheit durch Sicherheit?“ Aus Politik und Zeitgeschichte (B 10–11/2002), S. 22, 23. Vgl. auch *G.-J. Glaeßner*, „Sicherheit und Freiheit“ Aus Politik und Zeitgeschichte B 10–11/2002, S. 3 (13).

⁴ *E. Denninger*; a. a. O. (Fn. 3), S. 22. Zur näheren Charakterisierung der mit dem modernen Terrorismus verbundenen Gefahr siehe zunächst *M. Pawlik*, *Der Terrorist und sein Recht* (2008), S. 10–24; ferner *W. Hetzer*; a. a. O. (Fn. 1), S. 133, der von der „besonders großen Gefahr“ spricht, „die der neuzeitliche Terrorismus für die Gesellschaften der Welt darstellt. Das Schadenspotenzial ist enorm hoch. Die terroristische Strategie zielt (auch) auf die Schlüsselsymbole und die Infrastruktur der entwickelten Welt. Die Anzahl der Ziele ist deshalb unbegrenzt.“ (Fn. weggelassen); *M. Baldus*, „Freiheit und Sicherheit nach dem 11. September 2001 – Versuch einer Zwischenbilanz“ *KritV* 2005, S. 364 ff. Zu einer möglichen Definition des Phänomens „Terrorismus“ siehe *D. S. Lutz*, „Was ist Terrorismus?“ (2002), S. 9 ff. Vgl. aus Sicht des internationalen Rechts auch *R. Lavalle*, „A Politicized and Poorly Conceived Notion Crying Out for Clarification: The Alleged Need for a Universally Agreed Definition of Terrorism“ *ZaöRV* 2007, S. 89 ff. und *E. Klein*, „Die Herausforderung durch den internationalen Terrorismus – Hört hier das Völkerrecht auf?“ (2004), S. 9 (10, 11). Zu „Geschichte und Gegenwart des Terrorismus“ sowie zur „Abgrenzung und Definition des Terrorismusbegriffs“ vgl. *M. A. Zöller*; *Terrorismusstrafrecht* (2009), S. 11 ff. bzw. 99 ff. Zur Analyse des sog. transnationalen Terrorismus, seinen Charakteristika, Strukturen, Hintergründen und Ursachen aus sozialwissenschaftlicher Perspektive siehe *U. Schneekener*; *Transnationaler Terrorismus* (2006).

und der Staat habe als „Präventionsstaat“ intensive Gefahren- und Risikoversorge zu betreiben.⁵ Nur breitflächige Vorfeldüberwachung verspreche hier Sicherheitsgewinn, wobei aber fraglich sei, ob die damit verbundenen Freiheitsverluste gerechtfertigt werden könnten. Der Staat des Grundgesetzes, der Sicherheit und Freiheit gleichermaßen zu garantieren habe, befinde sich hier offensichtlich in einem Dilemma. Die gebotene Auflösung der Pflichtenkollision, die in der Dreieckskonstellation von Störer-Staat-Opfer eindeutig sei („Das in den Grenzen der Rechtsordnung verbleibende Opfer verdient den vorrangigen Schutz des Staates“ [Paul Kirchhof]), sei bei erheblichen Eingriffen in die Freiheit von Nichtstörern nämlich keineswegs evident.⁶ Wegen der neuartigen Bedrohung bestehe die Schwierigkeit, dass der Rechtsstaat sich in einen „Präventionsstaat“ wandle, wobei sich ersterer dadurch auszeichne, dass er sich an Freiheit und Autonomie seiner Bürger ausrichte, letzterer primär an Sicherheitsmaximierung und Effizienz.⁷ Die aktuelle Aufgabe bestehe darin, die ideale Kombination der beiden Zielsetzungen in der Weise zu finden, dass „das maximale Maß an Freiheit durch eine optimale Gewährleistung von Sicherheit erhalten wird“⁸. Bei *Hillgruber* heißt es dazu:

„Notwendige Prävention darf (...) nicht in rechtsstaatswidrige Willkür umschlagen, aber ebenso wenig darf der Staat seine Sicherheitsaufgabe vernachlässigen und wehrlos werden. Die Aufgabe, sich als Verfassungsstaat gegen die erklärten Feinde der Freiheit wirksam und verfassungsrechtlich angemessen zur Wehr zu setzen, sich ohne Preisgabe seines Selbstverständnisses und seiner Selbstverpflichtungen zu behaupten und seine Bürger in ihren elementaren Rechten zu schützen, kommt einer Gradwanderung gleich.“⁹

⁵ Siehe hierzu und zum folgenden *Ch. Hillgruber*, „Der Staat des Grundgesetzes – nur ‚bedingt abwehrbereit?‘“ *JZ* 2007, S. 209 (211).

⁶ Ebenda.

⁷ *E. Denninger*, „Freiheit durch Sicherheit?“ *Aus Politik und Zeitgeschichte* (B 10–11/2002), S. 23; *ders.*, „Freiheit durch Sicherheit?“ (2002), S. 83 (88): „Die Funktionslogik des Rechtsstaats ist (also) grundsätzlich die einer *bemessenen und angemessenen Reaktion*, weshalb die *Bestimmtheit des Gesetzes* und der Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit der Mittel* oder das *Übermaßverbot* tragende Säulen des rechtsstaatlichen Polizeirechts bilden. Durchaus anders operiert die Funktionslogik des *Präventionsstaats*. Sie wartet nicht ab, bis ein konkreter Schadenseintritt wahrscheinlich oder Anzeichen für eine geschehene Straftat sichtbar werden, sondern sie will der Realisierung von Risiken aller Art *zuvorkommen*, sie zielt also auf Aktion, nicht bloße Reaktion, sie fordert ‚operatives‘, ‚proaktives‘ Polizeihandeln.“ (Hervorhebungen im Original, Fn. weggelassen). Ähnlich auch *W. Hetzer*, a. a. O. (Fn. 1), S. 134. Die Sorge um das Abgleiten des Rechtsstaats in einen Präventionsstaat nicht teilend *V. Götz*, „Innere Sicherheit“ (2006), § 85, Rn. 16.

⁸ *E. Denninger*, „Freiheit durch Sicherheit?“ (2002), S. 83 (88). Ähnlich auch *M. Nolte*, „Die Anti-Terror-Pakete im Lichte des Verfassungsrechts“ *DVBl.* 2002, S. 573.

⁹ *Ch. Hillgruber*, „Der Staat des Grundgesetzes – nur ‚bedingt abwehrbereit?‘“ *JZ* 2007, S. 209 (211).