

# Günter Frankenberg

## Kritik des Bekämpfungsrechts

*Im Zeichen von Terrorismus und Antiterrorismus hat sich eine »neue Sicherheitsarchitektur« herausgebildet. Diese äußert sich auf nationaler Ebene zum einen in einem Spurwechsel von Freiheit zu Sicherheit, zum anderen in dem der legislativen Aktivität zu entnehmenden Konzept eines »Bekämpfungsrechts«. Am Beispiel der bekämpfungsrechtlichen Phänomene: Sonderpolizeirecht, Feindstrafrecht und Rettungsfolter werden Gefährdungen der Normalität und Mentalität von Freiheit kritisiert.*

### *I. Freiheit & Sicherheit im Zeichen des Terrorismus<sup>1</sup>*

Anschläge und Massaker in New York, Madrid, Djerba, Riad und London, serielle Attentate in Israel, auf Bali, im Irak und anderswo, die allesamt terroristischen Netzwerken zugerechnet werden, lassen sich schwerlich als singuläre und lokale Ereignisse abbuchen. Weder können sich die nicht unmittelbar Betroffenen zu ihnen wie ein interessiertes Publikum verhalten noch ist den Sicherheitsorganen der Bundesrepublik ein Entschließungsermessens eingeräumt – also: zur Abwehr der Gefahren und Ermittlung der Täter aktiv zu werden oder aber es sein zu lassen. Terrorismus, das unterscheidet ihn von anderen Formen besonders gewalttätiger Kriminalität, stellt Leben und Gesundheit der wahllos erfassten Opfer zynisch in den Dienst seiner Strategie. Jeder blutige Anschlag enthält eine mit barbarischem Stolz allein durch die Tat oder in Bekennerschreiben geäußerte Kriegserklärung.<sup>2</sup> Auch diese will die terroristische Tat vom »üblichen« Mord und Totschlag distanzieren. Terroristen wollen die politische Klasse, die Sicherheitsorgane, die Medien, ja ganze Gesellschaften nötigen, sich unablässig mit dem vom Terror ausgelösten Befürchtungen ebenso wie mit den mutmaßlichen Motiven und Plänen der Täter öffentlich zu befassen. Die Gesamtheit der Anti-Terror-Reaktionen, unter diesen »Sicherheitspakete« des Gesetzgebers wie auch der rechtswissenschaftliche Diskurs über Freiheit & Sicherheit, bedienen zwangsläufig, was immer auch ihre sonstigen Wirkungen sein mögen, den widerlichen Narzissmus und Illegalitätsprotz der Terroristen.

Gleichwohl schließen sich die nachfolgenden Überlegungen an den Diskurs über Freiheit & Sicherheit an. Sie bestreiten nicht, dass Anti-Terror-Maßnahmen geboten und im Prinzip zu rechtfertigen sind, erteilen diesen jedoch keinen legitimatorischen »Freischuss«. Diskutiert werden hier die Risiken und Nebenwirkungen der unter dem Zeichen der Terrorismus-Bekämpfung konstruierten, so genannten »neuen Sicherheitsarchitektur«. Deren Ad-hoc-Charakter, überstürztes Konstruktionstempo und semantische wie instrumentelle Plastizität lassen freilich jegliche Planung, Geschlossenheit und Stabilität, also gerade die architektonischen Leitprinzipien, vermissen. Die sich (auch) im nationalen Rah-

<sup>1</sup> Als Thesen auf dem 14. Deutschen Verwaltungsrichtertag 2004 – Arbeitsgruppe: »Freiheit und Sicherheit nach dem 11. September 2001« – vorgestellt. Deren Mitgliedern danke ich für eine lebhaft Diskussion. Für wertvolle Anregungen und Kritik bin ich Martin Baumbach, Andreas Fischer-Lescano, Felix Hanschmann, Nina Malaviya, Timo Tohidipur und Anne Wolf zu Dank verpflichtet.

<sup>2</sup> Einen anderen Akzent setzt Bruce Hoffmann, Terrorismus – Der unerklärte Krieg, 2001.

men entfaltende »Sicherheitsarchitektur«<sup>3</sup> stelle ich ein in das der legislativen Aktivität – nicht nur betreffend den internationalen Terrorismus – zu entnehmende Konzept eines »Bekämpfungsrechts«. Die Bekämpfungsemantik und ihre legislative wie auch dogmatische Umsetzung, so die These, ändern die Regeln der das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit bestimmenden Grammatik (II. – IV.) und führen zu Verwerfungen besonders in den Grundlagen der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, die sich als »Normalisierung des Ausnahmezustands« kennzeichnen lassen (V. – VII.).

## II. Normalität und Mentalität der Freiheit

»Gleiche Freiheit für alle« fungiert als Mantra säkularer Gesellschaften. Was den Trägern der Freiheitsrechte zur Verheißung gereicht, nimmt deren Repräsentanten und Amtsträger als Adressaten in Pflicht und schwört alle, Bürgerschaft und ihre Repräsentanten, auf doppelte Toleranz, wohlgemerkt: nicht Gleichgültigkeit, ein: auf die Toleranz unvorhersehbarer, ungezügelter Initiativen aus der Mitte der Gesellschaft ebenso wie die Toleranz der mit gleicher Freiheit ausgestatteten, differenten Anderen. Eine an diesem Mantra orientierte Grundrechtspraxis – ein die Rechte Anderer respektierender, aktivbürgerlicher Gebrauch und die verhältnismäßige staatliche Respektierung der Grundrechte sowie, darauf bezogen, das wissenschaftlich angeleitete Judizieren über Inhalt und Umfang der Grundrechte – prägt auf Dauer sowohl eine Normalität der Freiheit als auch eine sich in ihrem Klima entwickelnde und ihr korrespondierende Mentalität. Normalität und Mentalität der Freiheit bewähren sich auf der Ebene aktivbürgerlichen Handelns als Konfliktbereitschaft, auf der Ebene der staatlichen Exekution des »Monopols legitimer Gewaltsamkeit« (Max Weber) erzeugen sie ein Klima der Legalität.<sup>4</sup> Beide Aspekte treten besonders deutlich auf der Bürgerseite in einer lebendigen Streitkultur und auf der Staatsseite in einem rechtsstaatlich gezügelten Gefahrenabwehrrecht und Strafrecht in Erscheinung.

Die normative Auszeichnung des rechtlich eingehegten Freiheitszustandes empfängt ihre idealisierenden Konturen oder, wenn man so will: ihre Lichtgestalt, vom düsteren Kontrastbild des Ausnahmezustandes. Als Ausnahme von der rechtlichen Normalität gelten Situationen der Belagerung, des von einer Katastrophe ausgelösten Notstandes und der von Revolution und Tumult evozierten inneren Bedrohung. Ihnen begegnet die Staatsgewalt mit einem Ensemble von Machttechniken, das der Notwendigkeit, nicht aber der Gesetzlichkeit gehorcht. Das politische Dispositiv des Ausnahmezustandes sprengt die Rechtsform und suspendiert die Regeln bürgerlichen Freiheitsgebrauchs und staatlicher Machtausübung.<sup>5</sup> Im Unterschied zu Notwehr oder Selbsthilfe im rechtlich diszipli-

3 Zur globalen Sicherheitsarchitektur: Erhard Denninger, Fünf Thesen zur Sicherheitsarchitektur, in: ders., *Recht in globaler Unordnung*, 2005, 238 ff.; Nathaniel Berman, *Privileging Combat? Contemporary Conflict and the Legal Construction of War*, *Colum. J. Transnat. L.* 2004, 1 ff.; Klaus Günther, *Weltbürger zwischen Freiheit und Sicherheit* (unv. Ms. 2005); David Kennedy, *Modern War and Modern Law* (unv. Ms. 2005); Wolfgang S. Heinz/Stephanie Schlitt/Anna Würth, *Internationale Terrorismusbekämpfung und Menschenrechte*, hrsg. v. DIM, Berlin 2003; Wolfgang Heinz/Jan-Michael Arend, *Internationale Terrorismusbekämpfung und Menschenrechte*, hrsg. v. DIM, Berlin 2004, sowie der Beitrag von Erhard Denninger in diesem Heft.

4 AK GG-Frankenber, 2. Aufl., 2001, Art. 20 Abs. 1-3 IV, Rn. 9.

5 Mit dieser Charakterisierung möchte ich Abstand halten zu Theoremen des Ausnahmezustandes, die diesen im Öffentlichen Recht oder auf der Grenze zwischen Recht und Politik ansiedeln wollen. Zur ersten Variante: Carl Schmitt, *Politische Theologie*, 1922. Zur zweiten: Giorgio Agamben, *Ausnahmezustand*, 2004, 7: »Der Ausnahmezustand zeigt sich als legale Form dessen, was keine legale Form annehmen kann.«

nierten Einzelfall ist der Ausnahmezustand in der Zone rechtlicher Anomie zu lokalisieren, in der alle rechtlichen Bestimmungen und Kontrollen deaktiviert werden.<sup>6</sup> Die rechtsförmig zugleich gesicherte und disziplinierte Freiheit macht damit einer unbegrenzten, notwendigen Materialisierung Platz. Der Rechtsstaat tritt hinter den Exekutivstaat zurück. Die hoheitliche Entscheidung erhebt sich über die demokratische Deliberation. Souveränität verlagert sich vom gemein(sam)en Volk auf die einsamen, von demokratischer Teilnahme und rechtsstaatlicher Kontrolle losgelösten Entscheider über den Ausnahmefall.<sup>7</sup>

### III. Gefährdungen der Normalität und Mentalität von Freiheit und Sicherheit

Normalität und Mentalität der Freiheit geraten in Gefahr, wenn die Bürgerschaft aus der Öffentlichkeit desertiert und die Hoheitsträger die Grenzen des Rechtsstaats als Staatsform der Distanz überschreiten.<sup>8</sup> Regimetypisch zu unterscheiden ist zunächst die Einziehung der öffentlich-politischen Sphäre in totalitären Systemen, die abzielt auf zivile Desertion – auf die Flucht einer Aktivbürgerschaft aus der Öffentlichkeit, um diese in eine Systemveranstaltung umzuwidmen.<sup>9</sup> In einigermaßen konsolidierten, rechtsstaatlich-demokratischen Systemen, von denen im Folgenden zu reden ist, stellt sich die Problematik dagegen anders dar: Hier geht die Gefährdung der bürgerlichen Handlungsbereitschaft einmal von einer schleichenden Erosion rechtsstaatlicher Strukturen und Verfahren aus und begründet jene »Angst im Rechtsstaat«,<sup>10</sup> die relativ klar konturierte grundrechtliche Schutzbereiche und rechtsstaatliche Prinzipien, wie insbesondere die Grundsätze der Bestimmtheit und Normklarheit im Verbund mit gesichertem Rechtsschutz gegen Übergriffe der Staatsgewalt, gerade bannen sollten. Zum anderen können auch katastrophische Ereignisse, die – wie etwa Terroranschläge – in den Alltag einfallen, Gefühle des Bedrohseins auslösen. Deren Quelle ist das individuell zu verarbeitende, emotionale Nachbeben eines als höhere Gewalt erfahrenen Ereignisses. Als eine weitere Quelle kommt in Betracht, wie die Anti-Terror-Maßnahmen anschaulich illustrieren, die panische hoheitliche Reaktion, deren Gehetztheit und Ziellostigkeit auf das Ereignis bezogene Befürchtungen wenn nicht erst wach rufen, so doch intensivieren und verstetigen. Soweit diese Reaktionen zur Erosion von Rechtsstaatlichkeit führen, produzieren sie wiederum jenes Klima diffuser Ängste vor staatlichen Eingriffen in die Freiheitssphäre.

Beide, Erosion des Rechtsstaats und Überreaktion auf die Katastrophe, erschüttern die kognitive Sicherheit. Kognitive Sicherheit meint mehr als ein vages Sicherheitsgefühl – nämlich, dass individuelle Akteure ihre Handlungsoptionen und -räume als einigermaßen geschützt oder abgesichert wahrnehmen und daher – zu Recht oder nicht – davon ausgehen, dass die Inanspruchnahme (verfassungs)rechtlich verbürgter Freiheiten in aller Regel keine unüberschaubaren

6 Agamben, Ausnahmezustand (Fn. 5), 62.

7 Affirmativ Schmitt, Die Diktatur, 1921; ders., Politische Theologie (Fn. 5). Kritisch dazu Hans Kelsen, Gott und Staat, in: *Logos* 1921/22, 261 ff.; Walter Benjamin, Kritik der Gewalt, *Archiv f. Sozialwiss. und Sozialpol.* No. 47/1921; Günter Frankenberg, Die Verfassung der Republik, 1996, 67 ff.

8 Beide Elemente lassen sich auch kausal verknüpfen: Die Bürgerschaft desertiert aus der Öffentlichkeit, weil die Hoheitsträger die Grenzen des Rechtsstaates als Staatsform der Distanz nicht nur punktuell übertreten.

9 Ulrich Rödel/Günter Frankenberg/Helmut Dubiel, Die demokratische Frage, 1989.

10 Ausführlich dazu Günter Frankenberg, Angst im Rechtsstaat, *KJ* 1977, 353 ff.

Risiken aufwirft. Der kognitiven Sicherheit – oder auch: gesicherten Unsicherheit – korrespondieren vor allem jene rechtsstaatlichen Prinzipien, die dem bürgerlichen Erwartungshorizont Kontur geben sollen: Bestimmtheit, Normklarheit und effektiver (Grund-)Rechtsschutz. Insofern fungiert kognitive Sicherheit als notwendige Bedingung von Freiheit bzw. eines freiheitlichen Normalzustandes. Umgekehrt erzeugt die kognitive Verunsicherung der BürgerInnen einen »chilling effect«, der sich unter anderem an ihrer mangelnden Bereitschaft ablesen lässt, Freiheitsrechte in Anspruch zu nehmen.

Gefährdungen des Normalzustandes schlagen weder zwangsläufig noch stets in dessen Liquidierung oder in eine Ausnahmesituation um. Jedoch begünstigen Attentate und Anschläge, wenn diese aufgrund ihrer Häufung, Massivität und Ungezieltheit den Charakter von Katastrophen annehmen, Reaktionsweisen, die zu Lasten der Normalität und Mentalität von Freiheit gehen. Politische Entscheidungsträger, zumal die Amtswalter für »innere Sicherheit«, reagieren damit, dass sie hinsichtlich der Leitprinzipien Freiheit/Sicherheit und des Gegensatzes von Normal- und Ausnahmezustand in der politischen Rhetorik und mit den Instrumenten des Rechts einen Spurwechsel vornehmen. Ob diese Reaktionen *auch* einer »sekundären Neurotisierung«<sup>11</sup> panikartig handelnder Amtsträger oder *nur* einem opportunistischen, an Machterhalt orientierten Kalkül geschuldet sind, kann offen bleiben. Denn die Befindlichkeit der Entscheider ist hier nicht von Belang. Jedenfalls lassen sie sich vor allem bei besonders bedrohlichen und gefährlichen Einbrüchen in die Normalität nachgerade routinemäßig über eine nüchterne Einschätzung der Bedrohungslage und eine sorgfältige Abwägung der Abwehrmaßnahmen hinaustreiben in einen gewiss auch wahltaktisch und parteipolitisch motivierten, symbolischen Aktionismus. Diesen vertextet eine symbolische Gesetzgebung, die den Zweck verfolgt, in der öffentlichen Wahrnehmung »den beruhigenden Eindruck eines aufmerksamen und entschiedenen Gesetzgebers« zu erzeugen.<sup>12</sup> Überdies prägt er eine exekutive Aktivität, die dem Publikum suggerieren soll, alles Erforderliche zur Bannung des Bedrohlichen werde unverzüglich getan.

Den symbolischen Aktionismus begleitet ein regelmäßig parteipolitisch eingefärbter Überbietungsdiskurs. Er konzentriert sich auf die Frage, wer am konsequentesten Sicherheitslücken zu schließen und damit mehr Sicherheit verspricht. Ihm korrespondiert eine von ihm angefeuerte legislatorische Rhetorik der Militanz. Hinsichtlich der Selbstbeschreibung der Produkte des Gesetzgebers heißt das, dass Gesetze – zunächst die auf Sicherheit zielenden, dann alle möglichen – nicht bloß regeln im Modus des Verbietens oder Gebietens, sondern gleichsam militärisch Flagge zeigen und *bekämpfen*. Gesetze sollen den Kampf aufnehmen gegen alles, was immer auch bedrohlich erscheinen könnte: »Organisierte Kriminalität«,<sup>13</sup> Geldwäsche und Drogenhandel, Steuerhinterziehung, Asylmissbrauch und Schwarzarbeit sowie, nicht zu vergessen, auch den internationalen Terrorismus.<sup>14</sup> Das Bekämpfungsrecht folgt der Logik eines verstetigten Ausnahmezustandes. Mit dem Überschuss an verheißener Sicherheit, dem

11 So das Argument in »Angst im Rechtsstaat« (Fn. 10), allerdings bezogen auf die bürgerliche Wahrnehmung hoheitlich verunsicherter Freiheit und deshalb hier gleichsam seitenverkehrt zu lesen.

12 Manuel Cancio Meliá, Feindstrafrecht?, *ZStW* 117 (2005), 267 ff./270.

13 Siehe die offizielle Definition in Gemeinsame Arbeitsgruppe Justiz/Polizei, RiStBV 1991. Unterschiedlich kritisch zum Konzept von OK: Norbert Puffer, Der OK-Komplex, 1998; Jörg Kinzig, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, 2004, und Peter-Alexis Albrecht, Kriminologie, 2. Aufl. 2005; ders., Feindbild Organisierte Kriminalität – Brechstange gegen Freiheitsrechte, in: Grundrechte-Report 1998, hrsg. v. Till Müller-Heidelberg et al., 1998, 23 ff.

14 Nachweise zur Gesetzgebung siehe unten Fn. 32.

semantischen Übergang von Regelung auf Bekämpfung und dessen Instrumentarium wird zunächst Gesetzgebung dauerhaft justiert auf eine ebenso militante wie hyperpräventive und umfassende Gefahrenabwehr und Strafverfolgung. Sodann werden der Staatsgewalt zusätzliche Eingriffsbefugnisse zugewiesen, die sich auf das Gefahrenvorfeld, dessen Überwachung und Kontrolle erstrecken, um nicht erst konkrete Gefahren abwehren, sondern bereits mögliche Sicherheitsrisiken erfassen zu können. Flankierend dazu kommt das Bekämpfungsrecht in neuen Strafrechtsnormen und verschärften oder ausgedehnten Strafbestimmungen zur Geltung, die auch die Strafbarkeit vorverlagern und unter der Leitidee Sicherheit insgesamt ein punitivistisches Klima erzeugen. Im Namen der »neuen Prävention«<sup>15</sup> werden Grundrechte unter einen »nahezu voraussetzungslosen Exekutivvorbehalt«<sup>16</sup> gestellt. Unter dem Signum des gleichsam kompensatorisch herbeikonstruierten »Grundrechts auf Sicherheit«,<sup>17</sup> das die Abgrenzungsfunktion von Freiheitsrechten desavouiert, mutiert die Ausnahme zur Regel und verstetigt sich der Grenzfall der Notwehr bzw. des polizeilichen Notstandes. Auf dem Weg zur neuen, insbesondere von »Organisierter Kriminalität« und Terrorismus informierter Prävention werden die Grenzen zwischen Polizei und Militär, zwischen innerer Sicherheit (Gefahrenabwehr) und äußerer Sicherheit (Verteidigung), zwischen Strafrecht und Kriegsrecht<sup>18</sup> abgebaut. Auf der Folie der damit einhergehenden Einschränkungen von Freiheits- und Privatsphäre bilden sich die Umriss des Präventions- bzw. Sicherheitsstaates<sup>19</sup> ab. Den Wandel von alter zu neuer Prävention erleben die aktivbürgerlich gesonnenen Adressaten der Gefahrenabwehr- bzw. Risikovorsorgepolitik als Verlust an kognitiver Sicherheit durch hoheitliche Überwachung und Kontrolle. Freilich enthält der politische Sicherheitsdiskurs die Botschaft, die kognitive werde durch eine existenzielle, aufs Dasein verallgemeinerte Sicherheit ausgeglichen. Dem undurchschauten Symbolismus des Bekämpfungsrechts entnehmen seine Adressaten arglos einen »Anspruch auf Schutz vor den allgemeinen Lebensrisiken«. Im Schatten des katastrophischen Ereignisses treibt der »normalisierte Ausnahmezustand« auf Seiten des Bürgerpublikums eine ihm günstigste, passgenaue Mentalität hervor: Diffuse Bedrohungsgefühle und Kriminalitätsfurcht verdichten sich zu einem Bedürfnis nach »Daseinsgewissheit«. Im Verbund mit den hoheitlichen Sicherheitsverheißungen drängen sie das ohnehin nicht übermäßig populäre, weil mit Anstrengungen und Befürchtungen verbundene Erproben und Aushalten der Normalrisiken von Freiheit in die Defensive. Nun kann sich ein von Freiheitszumutungen unbehelligter Quietismus zu Wort melden, der sich bereitwillig mit dem Versprechen von existenzieller Sicherheit bedienen lässt und im Gegenzug sowohl den Überbietungsdiskurs der Sicher-

15 Hans-Heiner Kühne, Bürgerfreiheit und Verbrecherfreiheit. Der Staat zwischen Leviathan und Nachtwächter, *IRP – Rechtspolitisches Forum*, Nr. 21 (2003), 3 ff./14 f.

16 Hans Liskan, in: Liskan/Denninger, *Handbuch des Polizeirechts*, 3. Aufl., 2001, C Rn. 86.

17 Dazu ebenso grundlegend wie affirmativ Josef Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983.

18 Klaus Lüderssen, Lässt sich der Krieg durch ein Weltstrafrecht zivilisieren?, *FR v. 28.1.2002*; Kühne, *Bürgerfreiheit und Verbrecherfreiheit* (Fn. 15).

19 Erhard Denninger, *Der Präventionsstaat*, *KJ* 1988, 1 ff. (abgedr. in: ders., *Der gebändigte Leviathan*, 1990, 33 ff.). Ein wenig voreilig und apokalyptisch werden bisweilen das Ende des Rechtsstaats antizipiert und, allerdings nur insofern konsequent, die Differenz zwischen Ausnahmezustand und normalisiertem Ausnahmezustand eingezogen: Jean-Claude Paye, *Das Ende des Rechtsstaats – Demokratie im Ausnahmezustand*, Zürich 2005.

20 Liskan, in: Liskan/Denninger (Fn. 16).

#### IV. Von der Grammatik der Freiheit zur Logik der Sicherheit

Die rhetorischen Spurwechsel von Freiheit zu Sicherheit,<sup>22</sup> von kognitiver zu existenzieller Sicherheit, oder: von gesicherter Unsicherheit zu unsicherer Sicherheit, bilden sich im Bekämpfungsrecht semantisch und strukturell ab. Weniger metaphorisch: Die Spurwechsel ändern den normativen Status von Sicherheit und damit die Asymmetrie im Verhältnis von Freiheit und Sicherheit. Überspielt wird dieser Wandel durch einen ersten methodischen Schritt zur Normalisierung der Ausnahmesituation, der sich auf die Annahme stützt, Freiheit und Sicherheit stünden als Leitprinzipien nebeneinander und seien gegeneinander abzuwägen. Abwägung<sup>23</sup> suggeriert, als gleichrangige Prinzipien rechtsstaatlicher Normalität seien Freiheit und Sicherheit problemlos kompatibel und folgten einer vergleichbaren Funktionslogik. Von einer Aufwertung der Sicherheit könne also keine Rede sein.

Gegen die dogmatische Verharmlosung des unaufhaltsamen Aufstiegs von kognitiver zu existenzieller Sicherheit und deren doppelter Maskierung als noch immer kognitiver und als Grundsatz gleichen Rangs ist zunächst an einige grundlegende Unterschiede in der Ausgangslage von Freiheit und Sicherheit und an ihr spezifisches Verhältnis zu erinnern: Gleiche Freiheit tritt von Hause aus anspruchsvoll auf, weil auch bezogen auf die Bereitschaft zu öffentlichem Handeln und zur Teilnahme an den gemeinsamen Geschäften einer Gesellschaft, sprich: Politik. In der normativen Verknüpfung mit Gleichheit trägt Freiheit, die mithin an den Rechten Anderer eine – zugegeben: nicht immer deutliche und durchweg umstrittene, im Einzelfall zu konkretisierende – Grenze findet, ihre Mäßigung in sich. Dass die Erfahrungen mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Methode der praktischen Konkordanz bei Grundrechtskollisionen nahe legen, nicht von klar umgrenzten, sondern besser von deutungs-offenen Freiheitsräumen zu sprechen, ändert nichts daran, dass Freiheit sowohl auf gesellschaftliche Aktivität<sup>24</sup> angelegt als auch intern begrenzt ausgelegt ist.

Mit der Sicherheit verhält es sich in beiden Hinsichten anders. Während Freiheit in Gestalt subjektiv-öffentlicher Rechte konkretisiert und individuellen Trägern zugeordnet ist, die zum Handeln ermächtigt werden sollen, ist Sicherheit ein öffentliches Gut, das die Rechtsordnung dem Aufgabenbereich staatlicher Institutionen und Amtsträger zuweist und diesen, vermittelt über entsprechende polizei- und strafrechtliche Normen, die Befugnis zur Intervention in gesellschaftliche Handlungsbereiche sowie in die Sozial- und Privatsphäre der BürgerInnen verleiht. Anders als das System der Freiheiten kennt Sicherheit zudem keine immanente Beschränkung. Im Gegenteil: Auf die Befriedigung von Zuständen und auf Befriedigung von Bedürfnissen ausgerichtet, ist Sicherheit intern

21 Auf den am Ende noch einmal einzugehen ist.

22 Dazu Winfried Hassemer, Zum Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit, *Vorgänge* H. 3/2002, 10 ff.; Wolfgang Hoffmann-Riem, Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge, *ZRP* 2002, 497 ff.; Heiner Bielefeldt, Freiheit und Sicherheit im demokratischen Rechtsstaat, hrsg. v. DIM, Berlin 2004.

23 Gemäß Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., 1994. Kritisch dazu Karl-Heinz Ladeur, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2004.

24 Auch der Schutz der Privatsphäre, insbesondere der Gewissensentscheidung und Meinungsbildung, enthält mit der Sicherung von Passivität eine Komponente, die auf zukünftiges Handeln angelegt ist.

vergleichsweise maßlos.<sup>25</sup> Abgesehen von der faktischen Möglichkeit, sie herzustellen bzw. zu gewährleisten, und von ermessensabhängigen Erforderlichkeitskalkülen, vermag allenfalls das Prinzip der Effektivität<sup>26</sup> eher schwach mäßigend zu wirken.

Eine normativ noch folgenreichere Differenz zeigt sich freilich, wenn man Freiheit und Sicherheit zueinander ins Verhältnis setzt. Freiheit bedarf, wie oben ausgeführt, eines Mindestmaßes an – in der Regel staatlich garantierter – kognitiver Sicherheit als faktischer Bedingung ihrer Möglichkeit. Kognitive Sicherheit empfängt von Freiheit ihren Sinn und ist dadurch asymmetrisch auf eben diese bezogen. Ohne kognitive Sicherheit wäre Freiheit wenig mehr als ein leeres Versprechen und würden Freiheitsrechte schwerlich zum Gebrauch einladen. Mit der Sicherheit verhält es sich wiederum anders. Sie kommt ohne Freiheit aus, jedenfalls bedarf sie zu ihrer Legitimation keiner Freiheitsräume als notwendiger Gewährleistungsvoraussetzung. Zudem ist zu beachten, dass Freiheitsrechte von Hause aus verfassungsrechtlich verbürgt sind, während Sicherheit ihre Grundlage im Tatsächlichen sucht und nicht zwingend einer verfassungsnormativen Grundlage bedarf,<sup>27</sup> wenngleich die Verfechter einer von ihrer Beschränkung aufs Kognitive emanzipierten Sicherheit nicht müde werden, ihr eine verfassungsrechtliche Grundlage zu konstruieren.

Freiheit und Sicherheit treten also erst dann in normativ gleicher Augenhöhe auf und werden kommensurabel, wenn beide *bewertet*, in Werte übersetzt werden. Für eine solche Operation stehen unterschiedliche Wege offen. Einmal können Freiheitsrechte in Schutzpflichten übersetzt und auf diese Weise »kollektiviert« werden. Zum anderen kann aber Sicherheit in individuell zurechenbare Sicherheitspflichten übersetzt und damit individualisiert werden.<sup>28</sup> Bleibt es jedoch bei Sicherheit als öffentlichem Kollektivgut und Staatsaufgabe, dann muss die nicht nur kognitiv verstandene Sicherheit – gar ein vermeintliches »Grundrecht auf Sicherheit« – in eine entsprechende staatliche Schutzpflicht<sup>29</sup> umkonstruiert werden. Ein derartiges »Grundrecht« oder eine diesem korrespondierende, umfassende Schutzpflicht als positive hoheitliche Kompetenz muss allerdings – im Unterschied zu individuellen Freiheitsrechten – jede Abwägung scheuen, solange ein Zustand der Sicherheit nicht hergestellt ist. Und wann wäre das schon mit hinreichender Sicherheit der Fall?

Daraus folgt, dass sich Freiheit und Sicherheit eben nicht problemlos einander gegenüberstellen und dann abwägen lassen. Ihre Abwägung setzt vielmehr einen doppelten Perspektivenwechsel zum Bürger als Störer und Staat als »Grundrechtsträger« sowie eine folgenreiche grundrechtsmethodische und -theoretische Operation voraus: Das System der Freiheiten wird mit einer staatlichen Sicherheitsaufgabe bzw. einem zwangsläufig staatlich zu gewährleistenden

25 Instrukтив dazu, dass in der offiziellen Begründung des Terrorismusbekämpfungsgesetzes 37 mal von Sicherheit, jedoch keimnal von Freiheit die Rede ist: Denninger, Freiheit durch Sicherheit?, Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgesetz, *StV* 2002, 96 ff. Im Sinne der Sicherheitslogik konsequent verfolgt die Europäische Union gemäß Art. 29 EU das Ziel, »den Bürgern in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein hohes Maß an Sicherheit zu bieten«. Zur Kritik an der europäischen Sicherheitskonzeption: Peter-Alexis Albrecht, Die vergessene Freiheit – Strafrechtsversprechen in der europäischen Sicherheitsdebatte, 2003.

26 Zur Effektivität als polizeirechtlichem Leitprinzip: Rachor, in: Liskan/Denninger (Fn. 16), F Rn. 240 ff. mit Nachweisen zu den Polizeigesetzen der Länder.

27 Lesenswert dazu die eindringliche Analyse von Oliver Lepsius, Freiheit, Sicherheit und Terror: Die Rechtslage in Deutschland, in: *Leviathan* 2004, 64 ff./78 ff.

28 Wie dies etwa im Polizei- und Ordnungsrecht bezüglich des Nichtstörers oder »Zweckveranlassers« geschieht.

29 Dazu Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit (Fn. 17); zu den aus Art. 2 II 1 GG hergeleiteten Schutzpflichten: Georg Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987.

»Grundrecht auf Sicherheit« überlagert. Zugleich wird den Grundrechtsträgern eine allgemeine, individuell zu tragende Sicherheitslast zugeschrieben. Beide, der Perspektivenwechsel und die Umgestaltung des Grundrechtssystems, treten besonders deutlich zutage in einem – keineswegs nur dem internationalen Terrorismus geschuldeten – Bekämpfungsrecht, das die herkömmlichen rechtsstaatlichen Strukturen und Schranken des Rechts der Gefahrenabwehr durchbricht.

### *V. Bekämpfungsrecht als Sonderpolizeirecht*

Das Bekämpfungsrecht mit der ihm zugrunde liegenden verfassungsrechtlichen Umwidmung des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit sowie der tektonischen Verschiebung vom Rechtsstaat zum Präventions- oder Sicherheitsstaat führt im Recht der Gefahrenabwehr zu einer Spaltung.<sup>30</sup> Die Rationalität eines klassisch-rechtsstaatlichen Polizeirechts wird dabei partiell in dem Bereich des »Sonderpolizeirechts« umgestellt von der vernünftigen Ordnungsbildung durch punktuelle, rechtlich gestützte, direkt verhaltenssteuernde hoheitliche Interventionen zur Abwehr von Gefahren und zur Beseitigung von Störungen auf effektive Ordnungsbildung, die durch systematische Vorfeldaufsuchung und mitlaufende Abschreckung auf indirekte Verhaltenssteuerung ausgerichtet ist. Im Folgenden sollen diese Umstellung skizziert und die These erläutert werden, dass sub specie Sicherheit vor allem im Sonderpolizeirecht der Informationseingriffe deren tatbestandliche Voraussetzungen, polizeiliche Wissensbasis und rechtliche Legitimation subjektiviert und in ein Ausnahme»recht« umfunktio- niert werden.

Unter der Flagge der Bekämpfung von terroristischen Angriffen, »Organisierter Kriminalität«, »Ausländerkriminalität«<sup>31</sup> und anderen Phänomenen tatsächlichen oder vermeintlichen, mehr oder weniger krassen Freiheitsmissbrauchs sind vom Gesetzgeber in Bund und Ländern Überwachungen und Kontrollen von Initiativen, Handlungen und Gesinnungen angeordnet worden, die jene bereits vor dem Einbruch des internationalen Terrorismus am 11. September 2001 in die Alltagswelt zu beobachtende Tendenz zu einer Spaltung des Polizeirechts vertiefen: Auf der einen Seite steht das Gefahrenabwehrrecht standardisierter und typisierter Eingriffsbefugnisse, die ausgelöst werden von hinreichend wahrscheinlich eintretenden Gefahren. Deren Ausübung ist gerichtlich relativ leicht nach Maßgabe des polizeirechtlichen Konditionalprogramms, den Regeln der Ermessenskontrolle und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit überprüfbar und korrigierbar.

Auf der anderen Seite entwickelt sich ein auf Bekämpfung<sup>32</sup> angelegtes, hyperpräventives Sonderpolizeirecht, das über den Rahmen des herkömmlichen Polizei- und Ordnungsrechts weit hinausgreift und einer anderen Logik folgt. Dieses Sonderpolizeirecht entzieht sich mit seinen hinsichtlich Gefahrenabwehr und

<sup>30</sup> Von einem »Paradigmenwechsel«, begleitet von »hausgemachte[n]: rechtsstaatlichen Ärgernissen«, spricht Friedrich Schoch, Abschied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats? – Vom Kreuzberg-Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts zu den Terrorismusbekämpfungsgesetzen unserer Tage, *Der Staat* 2004, 347 ff./360 f.

<sup>31</sup> Kritisch dazu Albrecht, *Kriminologie* (Fn. 13), § 43.

<sup>32</sup> Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus vom 1.1. 2002, Nachw. bei Denninger, *Freiheit durch Sicherheit?* (Fn. 25). Vgl. auch die diesem zeitlich vorausgehenden Gesetze: Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus vom 19.12.1986, BGBl. I S. 2566; Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift-handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität v. 15.7.1999, BGBl. I S. 1302, das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994, BGBl. I S. 3186 und das u.a. § 370a AO novellierende Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz v. 19.12. 2001 (BGBl. I 2001, 3922).

Strafverfolgung »vorsorgenden« Aufgaben- und Befugnisnormen den rechtsstaatlichen Bindungen; die herkömmlichen Eingriffskordinaten – konkrete Gefahr/konkreter Anfangsverdacht, Störer/Nichtstörer – werden belanglos; die legislative Ermessenssteuerung und die justizielle Ermessenskontrolle versagen. Zu verweisen ist vor allem auf Informationseingriffe mit großer Streubreite, wie z.B. (Video-)Überwachungen des öffentlichen Raumes,<sup>33</sup> Lauschangriffe und Sicherheitsüberprüfungen sowie auf den allfälligen Datenaustausch zwischen Gefahrenabwehrbehörden und Nachrichtendiensten, der den Grundstein legt zu einem funktionellen Fahndungsverbund.<sup>34</sup> Sonderpolizeilichen Charakter weisen auch anlasslose Maßnahmen auf, wie vor allem Schleierfahndungen<sup>35</sup> und Observationen, sowie verdachtsgestützte Maßnahmen, verdeckte polizeiliche Vorfeldermittlungen oder Verdachtsausweisungen.<sup>36</sup> Soweit diese die rechtsstaatlichen Kategorien des Polizeirechts auflösen, insbesondere die Gefahr als rechtssichernde Eingriffsschwelle durch potenziell gefährliche Verhaltensweisen ersetzen und die Gefahrerforschungsbefugnisse generalisieren, löst sich im Vorfeld die tatbestandliche Struktur polizeirechtlicher Ermächtigungen auf.<sup>37</sup>

Dieses aus Anlass des Kampfes gegen Terrorismus und »Organisierte Kriminalität« gewiss nicht erfundene, freilich mit den unauffällig in »Sicherheitspaketen« gebündelten Überwachungs-, Kontroll- und Informationsbeschaffungsbefugnissen<sup>38</sup> drastisch ausgeweitete Sonderpolizeirecht weist folgende, dem neuen Sicherheitsdispositiv geschuldete Merkmale auf:

Der Gesetzgeber zieht sich im Bereich der vorsorglichen Gefahren- bzw. Risikobekämpfung, deren Maßnahmen in das Vorfeld hineinreichen, auf die Vorgabe von Zielen zurück, beschränkt sich also auf finale Programmierung. Diese auch in anderen Bereichen des Öffentlichen Rechts aufweisbare, dort allerdings überwiegend auf Aufgabenbestimmungen und Abwägungsmaßstäbe konzentrierte<sup>39</sup> Regelungstechnik wird im Sonderpolizeirecht auf die Befugnisnormen übertragen und hier zusätzlich subjektiviert. Zum einen können die von außen – vor allem von Adressaten und Gerichten – kaum nachprüfbaren Eingriffsmotive der Präventionsbehörden in Führung gehen. Diese werden ermächtigt, nach ihren Erfahrungen, Lagebildern und Annahmen zu handeln, können mithin ihre Wissensbasis ungestört von gesetzlichen Kriterien selbst produzieren und ihre Maßnahmen selbst legitimieren.<sup>40</sup> Wenn bereits »Anhaltspunkte«, die eine »Annahme rechtfertigen«, oder die Vermutung eines räumlich und zeitlich ent-

33 Ausführlich dazu Dirk Büllfeld, Polizeiliche Videoüberwachung öffentlicher Straßen und Plätze zur Kriminalitätsvorsorge, 2002 m. zahlr. Nachw.

34 Zum Trennungsgebot von Polizei und Nachrichtendiensten vgl. Liskan, in: Liskan/Denninger (Fn. 16), C 126-128; zu den Gefahren eines Datenverbundes: Rainer Hamm, Bürger im Fangnetz der Zentraldateien, *NJW* 1998, 2407 ff.

35 Ausführlich dazu Christian Krane, »Schleierfahndung«, 2003 m. zahlr. Nachw.; zur Kontroverse um die Verfassungsmäßigkeit: Wolf-Rüdiger Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 2003, Rn. 120 f. und *MVVerfG DVBl.* 2000, 262 ff. sowie Kay Waechter, Die »Schleierfahndung« als Instrument der indirekten Verhaltenssteuerung durch Abschreckung und Verunsicherung, *DÖV* 1999, 138 ff.

36 Zu § 47 II Nr. 5 AuslG a. F. (dem nunmehr in etwa § 54 Nr. 5 AufenthG entspricht): Dominik Bender, »Verpolizeilichung« des Ausländerrechts? – Die ausländerrechtlichen Maßnahmen des Gesetzgebers nach dem 11. September 2001, *KJ* 2003, 130 ff.

37 Kritisch zu dieser Entwicklung die jüngste Entscheidung des BVerfG vom 27. Juli 2005 betreffend § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Informationsvorsorge für die Verfolgung oder zur Verhütung einer Straftat).

38 Dazu Denninger, Freiheit durch Sicherheit? (Fn. 25), und Thomas Groß, Terrorbekämpfung und Grundrechte, *KJ* 2002, 1 ff.; Sonja Buckel/John Kannankulam, Zur Kritik der Anti-Terror-Gesetze nach dem »11. September«, *Das Argument* 44/2002, 34 ff.

39 E. g. § 1 BauGB, § 1 AtomG und § 1 GentechnikG.

40 Vgl. § 18 II Nr. 6 HSO (Schleierfahndung). Zum Konzept der Lageberichte siehe Bundeskriminalamt, Lagebild Organisierte Kriminalität, 2002.

fernten, potenziell gefährlichen Geschehens oder wie auch immer gewonnene polizeiliche Erfahrungen und Lagebilder Informationseingriffe auslösen können, dann werden die Sicherheitsbehörden in die Lage versetzt, sich gleichsam selbstreferenziell ihre Einsatzlegitimation zu besorgen. An die Stelle verhältnismäßig strikter Rechtsbindung<sup>41</sup> tritt damit am Ende das Vertrauen in die Lauterkeit der behördlichen Motive und in die empirische Solidität der behördlichen Erfahrung.

Die tatbestandliche Entgrenzung und Entkonkretisierung der Befugnisnormen öffnet den Raum für »operative Polizeiarbeit«. Diese zeichnet sich durch zwei besonders folgenreiche Merkmale aus. Zum einen verschwimmt – zumal infolge der Verdopplung von Eingriffsnormen der Strafprozessordnung in den Polizeigesetzen der Länder – die Grenze zwischen repressivem und präventivem Handeln der Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden. Zum anderen verführen Blankettnormen dazu, dass sich Polizeibehörden wesentlich auf die Generierung von Verdachtsmomenten zur Gefahren- und Kriminalitätsvorsorge kaprizieren können. Polizeiliche Maßnahmen gehorchen dabei einem zweiten Code,<sup>42</sup> der weniger von kriminaltaktischen Erkenntnissen bestimmt wird als vielmehr von Vorurteilen, Stereotypen und nicht hinterfragtem Alltagswissen. Beispiele aus der Praxis illustrieren das aus der Subjektivierung der Wissensbasis resultierende Problem des *racial profiling*.<sup>43</sup> Personen oder Personengruppen, die aufgrund ihrer Hautfarbe oder äußeren Erscheinung verdächtig sind, geraten als erste, jedenfalls statistisch übermäßig häufig ins Visier der Gefahrenabwehr und Fahndung. Sie leben, verglichen mit »Normalbürgern«, in einer Rechtssphäre verkürzter Freiheit: »Ausmaß und Intensität staatlicher Überwachung bemessen sich nach dem Status der Objekte sozialer Kontrolle.«<sup>44</sup> Gegen kriminelle oder terroristische Netzwerke und ihr »Umfeld« werden Eingriffe mit großer Streubreite, Vorfeldmaßnahmen und verdachtsgestützte Maßnahmen in Anschlag gebracht. Diese unterlaufen zwangsläufig die Differenz von Störern und Nichtstörern, da im Vorfeld alle sich dort aufhaltenden Personen observiert, erfasst und im Kampf gegen Terrorismus und »Organisierte Kriminalität« registriert werden. Die Generalisierung des Verdachts erschwert die den Bürgern auferlegte Sicherheitslast. Unabhängig von einer konkreten polizeirechtlichen Notstandslage wird nunmehr jede Person »polizeipflichtig« und gerät, zumal im diffusen Handlungsumfeld undurchsichtiger Netzwerke, als Störer/Verdächtiger ins Visier.<sup>45</sup>

41 Die widersprüchliche Formulierung wurde mit Bedacht gewählt.

42 Dazu Peter MacNaughton-Smith, Der zweite Code, in: Klaus Lüderssen/Fritz Sack (Hrsg.), Seminar Abweichendes Verhalten II: Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, 1975, 197 ff.

43 Martin Herrnkind, Personenkontrollen und Schleierfahndung, *KJ* 2000, 188 ff. und ders., »Schleierfahndung«. Institutionalisierte Rassismus und weitere Implikationen sogenannter verdachtsunabhängiger Polizeikontrollen, in: Komitee für Grundrechte und Demokratie (Hrsg.), Verpolizeilichung der Bundesrepublik Deutschland, 2002, 99 ff. Zur Problematik des racial profiling: Milton Heumann/Lance Cassak, Good Cop, Bad Cop: Racial Profiling and Competing Views of Justice, N.Y. 2003.

44 Von »unterschiedlichen Rechtssphären« spricht Albrecht Funk, Ausgeschlossene und Bürger. Das ambivalente Verhältnis von Rechtsgleichheit und sozialem Ausschluss, *KrimJ* 1995, 243 ff./255. In Bezug auf die Informationseingriffe lässt sich die Situation von Ausländern als »Datenschutz zweiter Klasse« kennzeichnen: Günter Frankenberg, Datenschutz und Staatsangehörigkeit, in: Dieter Simon/Manfred Weiss (Hrsg.), Zur Autonomie des Individuums – Liber Amicorum Spiros Simitis (Baden-Baden: Nomos), 2000, 99 ff.

45 Hans-Heiner Kühne, Gegenstand und Reichweite von Präventionskonzepten, *DRiZ* 2002, 18 ff.; Fredrik Roggan, Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2003, 82 ff. Vgl. auch die oben (Fn. 37) zitierte Entscheidung des BVerfG zu § 33a NdsSOG, die die Formulierung von eine Annahme begründenden Tatsachen, dass eine Person künftig Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen werde, am Bestimmtheitsgrundsatz scheitern lässt und gegen die Streubreite des Informationseingriffs den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mobilisiert.

In diesem Sonderpolizeirecht werden mithin die ohnehin elastische Maßstäblichkeit des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit für die Eingriffsbegrenzung und damit die nachträgliche gerichtliche Kontrolle erheblich eingeschränkt.<sup>46</sup> Hinsichtlich der Eignung und Erforderlichkeit von Maßnahmen gewährt der Grundsatz effektiver Gefahrenabwehr ohnehin eine beachtliche Einschätzungsprärogative. Diese wird nunmehr ausgedehnt, wenn sich (Vorfeld-)Maßnahmen zusätzlich auf subjektive polizeiliche Einschätzungen, Erkenntnisse und Alltagstheorien stützen.<sup>47</sup> Methodisch kontrollierbare Zumutbarkeitsabwägungen scheitern überdies daran, dass im Vorfeld oder bei Eingriffen mit großer Streubreite kein einzelner »Fall« vorliegt und dass das Gewicht des Ersteintritts (Datenerhebung) regelmäßig nicht angemessen gewogen wird, wenn die Eingriffsfolgen (Datenverarbeitung, Datenweitergabe und deren Fehler) ausgeblendet bleiben.<sup>48</sup>

Das Sonderpolizeirecht prägt auch die Kontrollebene. Mit dem Übergang vom Richtervorbehalt zum Behördenleitervorbehalt wird die Eingriffsschwelle – aus der Sicht der Befürworter eines Bekämpfungsrechts durchaus konsequent – abgesenkt. Wer jedoch, unabhängig von bekämpfungsstrategischen Erwägungen, die Kontrollwirkung des Richtervorbehalts bestreitet,<sup>49</sup> müsste wohl aus rechtsstaatlicher Perspektive fordern, dass der sich besonders deutlich im Sonderpolizeirecht abbildenden »neuen Sicherheitsarchitektur« eine angemessen effektive Kontrollarchitektur entsprechen sollte.<sup>50</sup> Da das Sonderpolizeirecht aber gerade der Logik des Notwendigen folgt und diese selbst noch gegen empirische Zweifel<sup>51</sup> abschirmt, muss sich die Verstetigung und Verallgemeinerung der polizeilichen Ausnahmelage gegen eine effektive Rechtskontrolle sperren. Mehr noch: Es ist gerade das Kennzeichen des Sonderpolizei»rechts«, dass es sich unter dem Diktat des effektiv Gebotenen gegen seine Verrechtlichung sperrt. Insofern dokumentieren die Enttatbestandlichung, die Subjektivierung der Wissensbasis und Legitimation sowie der Abbau rechtsstaatlicher Kontrollmechanismen den Ausnahmecharakter des Sonderpolizeirechts.

## VI. Feindstrafrecht und Rettungsfolter als Phänomene des Bekämpfungsrechts

Im Banne des Anti-Terrorismus droht die Umstellung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung auf ein »risikovorsorgliches« und hyperpräventives Bekämp-

46 Groß, Terrorbekämpfung und Grundrechte (Fn. 38), bes. Kap. IV.

47 Herrnkind, Personenkontrollen und Schleierfahndung (Fn. 43); Roggan, Handbuch (Fn. 45), 147 ff.

48 Exemplarisch: BayVerfGH zur Schleierfahndung, NVwZ 2003, 1375.

49 Nachweise bei Boldt, in: Lischen/Denninger (Fn. 16), A Rn. 96 und Lischen, ebd., C Rn. 77 und 93.

50 Ob der Richtervorbehalt auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit zu übertragen oder eine parlamentarische Kontrolle vorzusehen ist oder unabhängige Sonderbehörden (etwa Datenschutzbeauftragte) einzurichten sind, kann hier nicht diskutiert werden.

51 Zu einigen Zweifeln an der Effektivität des Sonderpolizeirechts: Erstens, bei Rasterfahndungen operiert die Polizei zwangsläufig reaktiv. Rastermerkmale können erst dann erstellt werden, wenn ein Ereignis, das einem bestimmten Tätertypus zuzurechnen ist, bereits stattgefunden hat. Mit dem unvermeidlichen Öffentlichwerden des Rasters können künftige Täter ihr Verhalten dann so ausrichten, dass es durch das Raster fällt. Davon abgesehen, lässt sich die Masse der erhobenen Daten aufgrund der Streubreite einer Rasterfahndung weder sinnvoll noch effektiv bearbeiten. Zweitens justiert das polizeiliche Wissen Informationseingriffe wie Schleierfahndung oder Observationen ganz herkömmlich auf das, was auffällt. Der Prototyp des »Schläfers« sollte freilich überdeutlich gemacht haben, dass in Netzwerken operierende Terroristen und Kriminelle es darauf anlegen, sich mit größtmöglicher Unauffälligkeit in der gesellschaftlichen Lebenswelt zu bewegen. Effektive Gefahrenbekämpfung, will sie denn ein Mindestmaß existenzieller oder auch kognitiver Sicherheit herstellen, kann sich mithin schwerlich nach dem Muster herkömmlicher Gefahrenabwehr nunmehr unter dem Motto »more of the same« allein oder auch nur primär auf die Suche nach Auffälligem konzentrieren.

fungsrecht auch in anderen Bereichen des innerstaatlichen Rechts rechtsstaatliche Landgewinne durch kluge Politik, Verfassung und insbesondere Grundrechte aufzuzehren.<sup>52</sup> Hier sollen mit den Diskursen über Feindstrafrecht und Rettungsforderer nur zwei besonders augenfällige, allerdings symptomatische Phänomene erörtert werden, die auf einen imaginierten, verstetigten Notstand verweisen.

Zunächst zum Feindstrafrecht: Im Strafrecht ist, in augenfälliger Parallele zu den hier als sonderpolizeilich charakterisierten bekämpfungsrechtlichen Entwicklungen, unter Verweis auf die gebotene Effektivität des Rechtsgüterschutzes für die notwendiger Weise frühzeitige Erfassung von bestimmten Gefährdungen und die Differenzierung von Tätertypen die Unterscheidung von *Bürgerstrafrecht* und *Feindstrafrecht* eingeführt worden.<sup>53</sup> Der renommierte Strafrechtswissenschaftler Günther Jakobs hat den feindstrafrechtlichen Diskurs vor geraumer Zeit eröffnet und ihn in einer Reihe von Beiträgen gegen kritische Einwände<sup>54</sup> verteidigt. Die Serie von Bekämpfungsgesetzen<sup>55</sup> und deren Zielobjekte, explizit genannt wiederum der Terrorismus und die »Organisierte Kriminalität«, haben ihn inspiriert, mit Bürger- und Feindstrafrecht »zwei Pole einer Welt zu beschreiben oder zwei gegenläufige Tendenzen in einem Zusammenhang des Strafrechts aufzuzeigen.«<sup>56</sup> Nicht um die *Einführung*, sondern die Identifizierung des Feindstrafrechts will es ihm gehen.

Zu diesem Zweck werden vornehmlich Kant und Hobbes als philosophische Kronzeugen für die These beigezogen, die Maßnahme gegen Personen, die »sich nicht in einen bürgerlichen Zustand zwingen [lassen]«, kurz: gegen Feinde, bedeute nichts, also entpersonalisiere nicht, sondern zwinge nur: »Bürgerstrafrecht erhält die Normgeltung, Feindstrafrecht (im weiteren Sinn: das Maßregelrecht eingeschlossen) bekämpft Gefahren.«<sup>57</sup> Zwar mag sich Jakobs nicht als Befürworter eines Feindstrafrechts kritisieren lassen, kaum von der Hand zu weisen ist jedoch seine wissenschaftliche Sympathie für die Unterscheidung von Bürger- und Feindstrafrecht, wenn er fragt, »ob nicht durch die strikte Fixierung allein auf die Kategorie des Verbrechens dem Staat eine Bindung auferlegt wird – eben die Notwendigkeit, den Täter als Person zu respektieren –, die gegenüber einem Terroristen, der die Erwartung generell personalen Verhaltens gerade nicht rechtfertigt, schlechthin unangemessen ist.«<sup>58</sup> Nach dem Zertrennen dieser »unangemessenen Bindung« kann der Weg vom Tat- zum Täterstrafrecht besritten und das Tor zur Exklusion der Feinde geöffnet werden.

52 Im Völkerrecht, das hier nicht erörtert wird, ließe sich eine vergleichbare Problematik an der Krise des Multilateralismus und der diese begleitenden Schwächung der *peace-keeping*-Funktion internationaler Organisationen sowie an der Lockerung des Gewaltverbots illustrieren, die Merkmale einer neuen globalen »Sicherheitsarchitektur« aufweisen. Affirmativ dazu: Ann-Marie Slaughter/William Burke-White, An International Constitutional Moment, *Harv. Int'l. L.J.* 2002, 1 ff.

53 Dazu und zum Folgenden: Günther Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, *ZStW* 97 (1985), 751 ff.; ders., Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure*, hrsg. v. Yu-hsiu Hsu, 2003, 41 ff. (im Folgenden zit. nach ders., Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *HRRS* 2004, 88 ff.); ders., Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, in: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, hrsg. v. Albin Eser u.a., 2000, 47 ff.; ders., Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, 41 ff.

54 Cancio Meliá, Feindstrafrecht« (Fn. 12); Lüderssen, Lässt sich der Krieg durch ein Weltstrafrecht zivilisieren? (Fn. 18); Kühne, Bürgerfreiheit und Verbrecherfreiheit (Fn. 15); Cornelius Prittwitz, in: *Mir Puig/Corcoy Bidasolo/Gómez Martín* (Hrsg.), *La política criminal en Europa*, 2004, 107 ff.

55 Zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, des Terrorismus, des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität, von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten sowie schließlich das Verbrechensbekämpfungsgesetz von 1994 – Nachweise bei Günther Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (Fn. 53), und ders., Das Selbstverständnis (Fn. 53), 51 f.

56 Ebd., 88

57 Ebd.

58 Ebd.

Jakobs definiert in seinen neueren Beiträgen als Feind, wer sich weder unter eine bürgerliche Verfassung zwingen lässt noch sich separiert, sondern sich »in einem nicht nur beiläufigen Maß« »dauerhaft vom Recht abgewandt hat und insoweit die kognitive Mindestsicherheit personellen Verhaltens nicht garantiert«. Und weiter: »Feinde sind aktuell Unpersonen.« Auf den Schmitt'schen Begriff gebracht ist »Feindstrafrecht also Krieg, dessen Gehegtheit und Totalität (auch) davon abhängt, was vom Feind alles befürchtet wird.«<sup>59</sup> Kennzeichen eines solchen Feindstrafrechts, dessen »Einsprengsel« Jakobs sowohl im materiellen Strafrecht als auch im Strafprozessrecht vorfindet, sind – abgesehen von seinem generellen Bekämpfungscharakter – die weite Vorverlagerung der Strafbarkeit, »die Wendung des Blicks von der geschehenen auf eine kommende Tat«,<sup>60</sup> ohne eine dieser Vorverlagerung proportionale Reduktion der Strafe,<sup>61</sup> sowie der Abbau prozessualer Garantien, wie etwa der Kontaktsperre gem. §§ 31 ff. EGGVG.

Aus Jakobs' Überlegungen muss nicht zwangsläufig eine Apologie des Feindstrafrechts abgeleitet werden, zumal der Autor sphinxhaft einerseits beharrlich Carl Schmitt nicht zitiert und andererseits am Ende nur die diplomatisch-komparative, doppelsinnige Aussage wagt, »[e]in klar umrissenes Feindstrafrecht ist rechtsstaatlich weniger gefährlich als eine Durchmischung allen Strafrechts mit Einsprengseln feindstrafrechtlicher Regelungen.«<sup>62</sup> Das lässt sich, bei wohlwollender Deutung, als Intervention zur Rettung eines rechtsstaatlichen Bürgerstrafrechts vor seiner feindstrafrechtlichen Unterwanderung lesen.

Im Kontext des hier interessierenden Bekämpfungsrechts sind Jakobs nachhaltige Ausführungen gleichwohl in dreierlei Hinsicht aufschlussreich: Erstens – Hobbes, Rousseau und Kant hin oder her – die von Jakobs auf das heutige Strafrecht bezogene Begriffsbildung schließt sich nahtlos an die Semantik des Bekämpfungsrechts an. Bekämpft wird nicht der Delinquent, sondern der Feind. Zweitens folgen sie, wie das von ihm en passant, beifällig und zur philosophischen Legitimation eines Feindstrafrechts zitierte »Recht auf Sicherheit« à la Isensee zu erkennen gibt, auch der Logik des bekämpfungsrechtlichen Sicherheitsdispositivs. Freilich besteht Jakobs, statt umstandslos den Ausnahmezustand bzw. das Ausnahmestrafrecht zu normalisieren, auf dessen diskreter Positivierung und differenter Legitimation. Daraus ergibt sich, drittens, dass Jakobs gegen die Unterscheidung von Bürger- und Feindstrafrecht nicht nur keine prinzipiellen Einwände erhebt, sondern das eine Kategorie von Straftätern exkludierende Feindstrafrecht mit deren prinzipieller Leugnung der Rechtsordnung rechtfertigt – und mit dem, »was man gegen Terroristen tun muß«. <sup>63</sup> Dieses von der Notwendigkeit, deren Imperativ stets der Ausnahmelage die Maßnahmen vorgibt, souffierte legitimatorische Zugeständnis ist kein Versehen, wie seine Ausführungen zur Kriminalisierung im Vorfeld zeigen: »Freilich sind Situationen möglich, vielleicht sogar zur Zeit [gemeint sein dürfte hier der Kampf gegen die RAF-Terroristen – G.F.] gegeben, in denen Normen, die für einen freiheitlichen Staat unverzichtbar sind, ihre Geltungskraft verlieren, wenn man mit der Repression wartet, bis der Täter aus seiner Privatsphäre austritt.

<sup>59</sup> Jakobs, Das Selbstverständnis (Fn. 53), 51 ff.; ders., Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (Fn. 53).

<sup>60</sup> Jakobs, Das Selbstverständnis (Fn. 53), 51.

<sup>61</sup> Beispielhaft nennt Jakobs die Tatbestände der Bildung krimineller oder terroristischer Vereinigungen, §§ 129, 129a StGB, und den bandenmäßigen Anbau von Betäubungsmitteln, §§ 30 I Nr. 1, 31 I Nr. 1 BtMG.

<sup>62</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (Fn. 53), 95. Bereits seinen ersten Beitrag zum Thema Feindstrafrecht schloss er mit dem Satz: »Das Strafgesetzbuch in seiner gegenwärtigen Gestalt verschleiert an nicht wenigen Stellen den Übertritt über die Grenzen eines freiheitlichen Staates.« (Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung (Fn. 53), 784).

<sup>63</sup> Ebd. – Hervorh. im Orig.

Aber auch dann ist das Feindstrafrecht nur als ausnahmsweise geltendes Notstandsstrafrecht legitimierbar.«<sup>64</sup>

Zur Rettungsfolter: Welcher Teufel ihn reite, wird sich die erdrückende Mehrheit der *scientific community* gefragt haben, als der an sich liberale Staatsrechtslehrer und Rechtsphilosoph Winfried Brugger vor nunmehr bald zehn Jahren in der Zeitschrift »Der Staat« allen Ernstes einen Aufsatz betitelte: »Darf der Staat ausnahmsweise foltern?«<sup>65</sup> Die Frage zu stellen, heißt, sie – wie vorsichtig auch immer – bejahen und die der Staatsgewalt angelegten Daumenschrauben des Rechtsstaats lockern zu wollen, um das Arsenal des Bekämpfungsrechts auszuweiten. Als Reaktion zu erwarten war empörte Kritik.<sup>66</sup> Freilich sind überraschend viele Teilnehmer am Folterdiskurs, zumal nach dem spektakulären »Fall« des Frankfurter Vizepräsidenten Daschner,<sup>67</sup> Brugger zur Hilfe geeilt.<sup>68</sup> Gewiss, keiner von ihnen will Folter als Blutfest tyrannischer Herrschaft oder als kühl reglementiertes Instrument der Inquisition den Weg in den Rechtsstaat ebnen. Doch im Banne der archetypischen Figur des Terroristen und Geiselnahmers entwickeln sie, bis in die Metaphorik sich Jakobs' Ausführungen zum Feindstrafrecht annähernd, Rechtfertigungen der auf Rettung zielenden Folter. Wer wie der Geiselnahmer »die Situation in der Hand hat oder so herbeiführt, dass er als Subjekt voraussehbar die Bedingung für bestimmte Konsequenzen und Reaktionen setzt oder verantwortet, der wird nicht erniedrigt, wenn die öffentliche Gewalt in erforderlichem Umfang darauf reagiert. Schon weil der Geiselnahmer sowohl die Geisel als auch in gewissem Maße die zum Schutz verpflichtete Staatsgewalt zum bloßen Objekt seines Handelns macht, kann man dem mit dem letzten Mittel schützenden Staat keine Verletzung der Menschenwürde vorwerfen.«<sup>69</sup>

Ähnliche Argumentationsfiguren zur an sich abwägungsfest gedachten Menschenwürde und dem abwägungsfeindlichen »Höchstwert« Leben begleiteten bereits die – im Übrigen auch von einem Geiselnahmer ausgelöste – Kontroverse

64 Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung (Fn. 53), 783 f.

65 Winfried Brugger, Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, *Der Staat* 35 (1996), 67 ff. und ders., Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, in: *JZ* 2000, S. 165 ff.; ders., Würde gegen Würde – Examensklausur im öffentlichen Recht, in: *VBilBW* 1995, S. 414 ff. und ders., Das andere Auge – Folter als zweischlechteste Lösung, *FAZ* v. 10.03.2003. Zur Kritik: Erhard Denninger, Rechtsstaat oder rule of law?, in: Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, 41 ff.

66 Glänzend geschrieben und souverän den Bogen von der Wahrheits- zur Rettungsfolter spannend: Rainer M. Kiesow, Das Experiment mit der Wahrheit. Folter im Vorzimmer des Rechts, in: *Rechtsgeschichte* 3/2003, 98 ff. Vgl. auch Wolfgang Heckler, Relativierung des Folterverbots in der BRD?, *KJ* 2/2003, 210 ff. Zum absoluten Verbot der Folter bereits Adalbert Podlech, *AK GG*, 1. Aufl., 1984, Art. 1 I Rn. 73. Gegen Brugger: Rainer Hamm, Schluss mit der Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot, *NJW* 2003, 946 f. und Reinhard Marx, *KJ* 2004, 278 ff.

67 Dazu Volker Erb, Nothilfe durch Folter, *JURA* 2005, 24 ff. und Matthias Jahn, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004; ders., Gute Folter – schlechte Folter?, *KritV* 2004, 24 ff. Zur Entscheidung des LG Frankfurt a.M.: Heinrich Götz, Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Wertordnung des Grundgesetzes, *NJW* 2005, 953 ff.

68 Der Vorsitzende des Richterbundes Mackenrodt, *FR* v. 22.2.2003; Bund deutscher Kriminalbeamter, Darmstädter Echo v. 22.02.2003; Marcus v. Schmude, Müssen wir foltern?, in: *FR* v. 28.12.2001; Bericht in: *Der Spiegel* Nr. 51/2001, S.15; Paul Kirchhof, Die Zulässigkeit des Einsatzes staatlicher Gewalt in Ausnahmesituationen, Reihe: Rechtsstaat in der Bewährung Bd. 2, 1976, 83 ff./114 und Christian Starck, in: v. Mangoldt/Klein, *GG* I, 5. Aufl., 2005, Art. 1 I Rn. 79. An der Bundeswehrhochschule räsionierte Michael Wolffsohn über die Folter als legitimes Mittel im Kampf gegen den Terrorismus, *Der Spiegel* vom 11.05. 2004. Früher schon Ernst Albrecht, Der Staat. Idee und Wirklichkeit. Grundzüge einer Staatsphilosophie, 1. Aufl. 1976, 174. Zur Kritik: Otto Schily, *DIE ZEIT* v. 13.03.2003.

69 Udo Di Fabio, Grundrechte als Werteordnung, *JZ* 2004, 1 ff./5. Ähnlich Christian Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG-Kommentar I*, 5. Aufl. 2005, Art. 1 Rn.79; Maunz/Zippelius, *Staatsrecht*, 30. Aufl. 1998, 173; Matthias Herdegen, in: Herzog/Lerche/Scholz, *GG Komm.*, 43. Lfg., 2003, Art. 1 Rn. 33 ff. und Hilgendorf, *JZ* 2004, 331 ff./338. Kritisch zur Relativierung der Menschenwürde: Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Würde des Menschen war unantastbar, in *FAZ* v. 3. 9. 2003; Joachim Perels, Die Würde des Menschen ist unantastbar – Entstehung und Gefährdung einer Verfassungsnorm, in: W.R. Bub et al. (Hrsg.), *Zivilrecht im Sozialstaat – FS für Peter Derleder*, 2005, 635 ff.

um den »finalen Rettungsschuss«, »der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird« (§ 41 II MEPOlG).<sup>70</sup> Sie prägen auch die kaum abgeschlossene Debatte um das Luftsicherheitsgesetz.<sup>71</sup> Dessen § 14 III erklärt nunmehr die »unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt« für zulässig, »wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist«. Zur Notwendigkeit von Tötung in Ausnahmefällen meldete sich schließlich auch der frühere Bundesinnenminister zu Wort: »Gibt es nicht sogar ein Notwehrrecht gegenüber Terroristen, die Massenmorde planen? Das führt uns zu der Frage, ob im äußersten Fall auch die Tötung einer Person als Notwehr gerechtfertigt ist.«<sup>72</sup> Wer nach der Legitimation solcher »Notwehr« fragt, trifft wiederum auf das »nicht direkt, aber sehr wohl indirekt ... im Grundgesetz« enthaltene »Grundrecht auf Sicherheit«.<sup>73</sup> Die Wiederentdeckung der Folter nach der Logik, Not gebiete die Abwägung von Würde und Leben, fügt sich zwanglos in den Kontext ultimativ-unvermeidlicher Feindbekämpfung ein. Von Interesse ist hier weniger, wie die doch recht eindeutigen nationalen, supranationalen und internationalen Folterverbote<sup>74</sup> beiseite geschoben und Unabwägbares abgewogen wird, sondern wie und für welche Situationen Folter, der gezielte Todesschuss und der Abschuss von »Luftfahrzeugen« definiert und gerechtfertigt werden. Schlüssel zum Verständnis und zur Legitimation von Folter im ausgehenden 20. und im 21. Jahrhundert, wie auch des finalen Schusswaffengebrauchs der Polizei und des militärischen Abschusses von Flugzeugen ist die Rettungsmetapher. Als typisches Szenario, das den Raum zum Ausnahmezustand öffnen und Grenzüberschreitungen legitimieren soll, dient stets die Geiselnahme einzelner Personen, Gruppen oder einer Gesellschaft: Der Geiselnahmer/Terrorist ist die tickende Bombe oder weiß um sie, ist jedoch freiwillig nicht bereit, ihren Ort zu nennen und so zahlreiche Menschenleben zu retten oder eine Katastrophe zu verhindern. Anders als bei der Inquisition geht es bei der »Rettungsfolter« nicht um eine (meist illusorische) prozessuale Wahrheit, die im erzwungenen Geständnis der gequälten Kreatur zur Sprache kommt. Ebenso wenig zielt sie ab auf die ebenso brutale wie rachsüchtige, offen extralegale Inszenierung tyrannischer Macht auf den Körpern der »Verräter« – wie in den Kellern der Gestapo und anderer Geheimpolizeien geschehen. Nein, mit der Rettungsfolter klopft ein neues Folterparadigma an die Tür des Rechts,<sup>75</sup> begehrt Einlass, um mit Hilfe ihres historischen Komplizen, der Wahrheit, ganz altruistisch andere zu retten, also ein Sicherheitsproblem zu lösen. Mit Folter als ultima ratio, als letztem Mittel der Gefahrenabwehr im Krieg gegen Feinde, soll das Recht potentieller Opfer auf Schutz von Leben und Gesundheit als vitaler Basis ihrer Würde nunmehr die Würde auch potentieller Täter und deren Recht auf körperliche und seelische Integrität überspielen.

70 Ausführlich dazu mit zahlr. Nachweisen: Rachor, in: Listen/Denninger (Fn. 16), F Rn. 866 ff.; Albrecht Funk/Falco Werkentin, Der Todesschuß der Polizei, *KJ* 1976, 121 ff.

71 Zum Luftsicherheitsgesetz: Torsten Hartleb, Der neue § 14 III LuftSiG und das Grundrecht auf Leben, *NJW* 2005, 1397 ff.; Bernhard Schlink, *Der Spiegel* Nr. 3 v. 17.1.2005, 34 ff.; Reinhard Merkel, *DIE ZEIT* Nr. 29 v. 8.7.2004, 33; Henriette Sattler, Terrorabwehr durch die Streitkräfte nicht ohne Grundgesetzänderung, *NVwZ* 2004, 1286 ff.; Joachim Wieland, Verfassungsrechtliche Grundlagen polizeizähnlicher Einsätze der Bundeswehr, in: Dieter Fleck (Hrsg.), Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte, 2004, 167 ff.

72 Otto Schily, *Der Spiegel* Nr. 18, 2004, 47.

73 Otto Schily, Interview, *Süddeutsche Zeitung* v. 29.10.2001.

74 Zu den Folterverboten: Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl., 2000, Art. 2 Rn. 77 m. w. Nachw.; Wolfram Höfling, in: Sachs, GG, 2. Aufl., 1999, Art. 1 Rn. 20.

75 Kiesow, Das Experiment mit der Wahrheit (Fn. 66), 106.

Neben den gezielten Todesschuss und das gezielte Abschießen von Flugzeugen tritt mit der Dogmatik zur Rettungsfolter ein weiteres Element, Jakobs würde sagen: Einsprengsel, des rechtlich maskierten Ausnahmezustandes. Existenzielle Sicherheit, so lernen wir aus den Rechtfertigungslehren, hat ihren Preis: die Halbierung der Würde und des Grundrechts auf Leben und Gesundheit – ein Preis, der sich hinter dem staatlichen »Grundrecht auf Sicherheit« verbirgt.

Zu Feindstrafrecht- und Folterdiskurs, Sonderpolizeirecht und sonderpolizeilichem Militärrecht für Luftsicherheit gesellen sich andere bekämpfungsrechtliche Entwicklungen, wie letzthin der Kampf gegen Sekten, Hassprediger, radikale Fundamentalisten und militante Islamisten mit den Mitteln vornehmlich des Ausländer- und Religionsrechts.<sup>76</sup> Man muss diese Phänomene nicht als flächendeckenden Umbruch des Rechts oder als Zerstörung des Rechtsstaats auf ganzer Linie interpretieren. Zu beachtende Trends und bedenkliche Symptome zeigen sich hier allemal. Denn sie verweisen auf die Maßlosigkeit einer von Freiheit entkoppelten Sicherheit, die in Zeiten und unter dem Gebot der Notwendigkeit auf Effektivität des Schutzes und »vorsorgende Konfliktlösung«<sup>77</sup> drängt, was immer auch deren grundrechtliche Einbußen sein mögen. Die sich in Kriegsrhetorik, Feindbildern und ultima-ratio-Rezepten äußernde semantische Dramatisierung begleiten Legitimitationsmuster, die von der rechtsstaatlich-demokratischen Verfassung gebannt schienen. All diese Phänomene und Entwicklungen haben die überschießende Tendenz, mit der Generalisierung des Verdachts, der Vorverlagerung von Prävention und Repression und, wo nötig, mit dem Zugriff auf Körper und Leben einen Ausnahmezustand zu verfestigen, dessen Befürworter ihn in den Mantel eben jenes Rechts kleiden, das seiner Logik widerspricht.

### VII. Nachwort zur Mentalität der Sicherheit

Mit dem Spurwechsel von der Freiheit zur Sicherheit – gewiss auch unter dem Eindruck massiver Bedrohungen – vollzieht sich außerdem, wie angedeutet, ein Mentalitätswandel. Bedrohungssituationen verstärken die ein Freiheitsregime stets wie ein Schatten begleitende Hobbesianische Ungewissheit, wie sich der frei gesetzte Strudel bürgerlicher Initiativbildungen effektiv kontrollieren, die vielfältigen Handlungen und Handlungsfolgen koordinieren sowie die unvermeidlichen gesellschaftlichen Konflikte einhegen lassen. In der Folge muss sich die Bereitschaft, mit bestimmten Risiken zu leben und Differenzen – zugespitzt: Fremde und andere vom »Normalbild« und »Normalverhalten« Abweichende – zu tolerieren, gegen den Vorwurf verteidigen, sie bagatellisiere die der Gesellschaft drohenden Gefahren. Ohnmächtig mutet daher der Vorschlag an, mit allem, was fremd und gefährlich erscheint, dürfe – auch aus Gründen der Sicherheit – die Kommunikation, und sei sie auch noch so schwierig, nicht abgebrochen werden.

Im wissenschaftlichen Diskurs lässt sich dieser Mentalitätswandel ablesen an der nicht prima facie unvernünftigen Neigung, auch durch die Einschränkung von Freiheit für Sicherheitserwägungen Raum zu schaffen. Das geschieht allerdings mit rechtsstaatlichen Opfern zugunsten des Einsatzes staatlicher Gewaltmit-

76 Vgl. Martin Morlok/Julian Kuper, Auf dem Weg zum »forum neutrum«? – Die »Kopftuch-Entscheidung« des BVerwG, *NJW* 2003, 1020 ff. m.w. Nachw.; Friedrich Schoch, Die Grundrechtsdogmatik vor den Herausforderungen einer multikonfessionellen Gesellschaft, in: FS Alexander Hollerbach, Berlin 2001, 149 ff. und Christian Walter, Religionsfreiheit – öffentliche Sicherheit – Integration, *BDVR-Rundschreiben* 2/2004, 94 ff.; Reinhard Marx, Terrorismusvorbehalte des Zuwanderungsgesetzes, *ZAR* 2004, 275 ff.

77 Morlok/Kuper, Auf dem Weg zum »forum neutrum«? (Fn. 76).

tel, für deren Treffsicherheit Argumente ausbleiben:<sup>78</sup> Dass die Erträge der Schleierfahndungen, von Zufallsfunden abgesehen, eher kümmerlich ausfallen, wird von Sicherheitsexperten, wenn sie ex cathedra sprechen, nicht zugegeben. Dagegen, dass die Ergebnisse von Rasterfahndungen zu Beweis Zwecken nur in den seltensten Fällen taugen. Dass flächige Informationseingriffe des Sonderpolizeirechts einer strengen Effektivitätskontrolle unterworfen werden, die den Charakter einer Evaluation hätten, ist nicht bekannt geworden. Dass im Folterdiskurs die Ungewissheit der Rettung und folglich deren Verhältnismäßigkeit nicht ernsthaft reflektiert werden, ist nachgerade dessen konstitutives Merkmal. Dass ein Feindstrafrecht durch Eskalation mehr Feinde produzieren und damit die vermeintlich zu bekämpfende Gefahr steigern könnte, ist bei Jakobs nicht zu lesen. Kurz: Praxis und Wissenschaft kultivieren den eingerichteten und ausgeübten Sicherheitsbetrieb, ohne sich von der Realität sonderlich stören zu lassen.

In der Rechtswissenschaft lässt sich neuerdings eine diffuse Opferrhetorik<sup>79</sup> vernehmen, die als heroisch-ohnmächtiger Beitrag von Intellektuellen in Zeiten des Krieges gegen den transnationalen Terrorismus zu deuten sein könnte. Sie unterscheidet sich deutlich von den Reaktionen der Gemeinschaft der Grundrechtsgenossen (vgl. Art. 1 II GG). Diese reagiert ganz überwiegend nicht heroisch. Je nach Temperament wird die Sicherheitslast emphatisch oder lethargisch angenommen. Man kommt der Staatsgewalt, die sich anschickt, die von Terrorismus, »Organisierter Kriminalität«, radikalem Islamismus, anderen Gruppierungen und Organisationen ausgehenden Gefahren zu bekämpfen, mit einem vorausseilenden Teilverzicht auf Grundrechte oder nur auf Nachweise für die Effektivität staatlicher Anti-Terror-Maßnahmen entgegen: Was der Staat in Angriff nehme, werde schon nicht schaden. Im Übrigen, so die Einstellung zu Observationen und Lauschangriffen, habe man nichts zu verbergen. Im Gegenzug werden, gleichsam zur Kompensation des Grundrechtsverzichts, bereits bezüglich Tatverdächtiger, erst recht hinsichtlich überführter Straftäter kaum gezügelte Strafbedürfnisse artikuliert, die in Forderungen nach einem kurzen Prozess und einer lebenslangen Wegschleißung zur Sprache kommen.<sup>80</sup>

Hier meldet sich eine Mentalität zu Wort, die für die von Bürgerkritik entlasteten und von rechtsstaatlichen Fesseln befreiten Sicherheitsorgane auf Dauer zum Problem werden könnte. Wenn nämlich Freiheitsopfer und Hinnahmefähigkeit das Bedürfnis nach »Daseinsgewissheit« verstärken, dann korrespondiert dieser bürgerlichen Selbstentmächtigung am Ende eine Überforderung des Präventionsstaates, dem nicht unveranlasst die Aufgabe einer umfassenden Personensorge zugeschrieben wird. Nicht zufällig versprechen die Sicherheitsgaranten in aller Regel mehr Sicherheit, als sie tatsächlich »halten« können. Und es dürfte nur eine Frage der Zeit sein, wann die in ihren Erwartungen Enttäuschten erkennen, dass sie die gesicherte Unsicherheit in einem Rechtsregime der Freiheit preisgegeben haben – nicht für die Wunschwelt einer rundum geschützten Existenz, sondern für die unsichere Freiheit in einem Ausnahmeregime der Sicherheit.

<sup>78</sup> E. g. Schoch, Abschied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaates? (Fn. 30); Bernd Walter, Schleierfahndung, *Kriminalistik* 11/2004, 658 ff.

<sup>79</sup> Exemplarisch Ulrich Haltern, Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende, *AöR* Bd. 128 (2003), 512 ff./555: »Der Bereich der Imaginationen des Politischen im Nationalstaat beginnt mit dem Opfer, das »uns' das Recht anverwandelt. Aus der Sicht des Liberalismus ist dies eine unpopuläre Aussage, denn dort wird nicht für den Staat gestorben, sondern man wird durch den Staat geschützt. Jedoch muss politische Theorie in der Lage sein, das Phänomen des Sich-Opfern und Tötens zu erklären.« Allgemein zum Opfer: Herfried Münkler/Karsten Fischer, »Nothing to kill or die for ...« – Überlegungen zu einer politischen Theorie des Opfers, *Leviathan* 2000, 343 ff.

<sup>80</sup> Klaus Günther, Kritik der Strafe I, in: *Westend – Neue Zeitschrift für Sozialforschung* 2004.