

GESELLSCHAFT VERSUS RECHT
Peter-Alexis Albrecht | Fritz Sack (Hrsg.)

Michael Wagner-Kern

Präventive Sicherheitsordnung

Zur Historisierung
der Sicherungsverwahrung
2. aktualisierte Auflage



Berliner
Wissenschafts-Verlag

Inhaltsverzeichnis

Momentbilder: Eine fortschreibende Vorbemerkung (zur zweiten Auflage) 7

1. Einleitung und Themensetzung:

Neue Lesart der Sicherungsverwahrung. 17

1.1 Begriffliche Zentren:

„Sicherungsverwahrung“ und „präventive Sicherheitsordnung“ –
Verknüpfungen als Impuls für neuorientierte Fragestellungen 17

1.2 Anknüpfungen: Forschungsstand und -lücken 21

1.3 Koordinaten: Methodik und Quellenlage 23

1.4 Verlauf: Gang der Untersuchung und
Schwerpunkte im Überblick 25

2. Theorie: Analyse- und Prozessmodell

„Präventive Sicherheitsordnung“ (von Trotha) 27

2.1 Wendepunkt: Der erodierende Rechtsstaat als Ende wohlfahrtsstaatlicher
Ordnung und Übergang zur präventiven Sicherheitsordnung 27

2.1.1 Grundlagen: Das staatliche Gewaltmonopol im Umbruch 27

2.1.2 Technik: Verstrafrechtlichung als Mittel zur Transformation des Rechtsstaats 30

2.1.3 Details: Konturen und Zusammenspiel relevanter Merkmalsgruppen der PSO 32

2.1.3.1 Grundströmungen: Moderne Erscheinungsformen des starken Staates 32

2.1.3.2 Präventionsstaat: Das verpolizeilichte Risikostrafrecht als
Steuerung(sfiktion) 33

2.1.3.3 Konturierungen: Das Risikostrafrecht als Feindstrafrecht 36

2.1.3.4 Perspektivenwechsel I: Opferorientierung als Paradigma
des PSO-Strafrechts 38

2.1.3.5 Perspektivenwechsel II: Der Staat als Sicherheitsgarant 39

2.1.3.6 Ökonomie: Gesetze der marktkonformen Sicherheitsordnung 39

2.2 Zuschärfung: Die präventive Sicherheitsordnung
als historisch-fortschreibende Theorie und als Grundlage weiterer Thesen 40

2.3 Verdichtung: Entfesselte Macht als zentraler PSO-Impuls 43

3. Spiegelung: Sicherungsverwahrung und präventive Sicherheitsordnung 47

3.1 Das Recht der Sicherungsverwahrung als
zeit(rechts)historisches Phänomen 47

3.1.1 NS-Staat: Das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. November 1933 47

3.1.1.1 Struktur: Die Konstruktion des NS-Sicherungsverwahrungsrechts 47

3.1.1.2	Regelungstechnik: Weimarer Reformentwürfe als handwerkliche Blaupausen	49
3.1.1.3	Macht: Durchsetzung der entgrenzten Sicherungsverwahrung (1933–1942)	52
3.1.1.4	Zäsur: Die Sicherungsverwahrung als originäres NS-Projekt – Kernanalyse	64
3.1.2	(Dis-)Kontinuität: Das Scheitern alliierter Entnazifizierungsbestrebungen	70
3.1.3	(Dis-)Kontinuität: Rechtsetzung in der Bundesrepublik Deutschland	72
3.1.3.1	Grundströmung: Kontinuität des NS-Sicherungsverwahrungsrechts	73
3.1.3.2	Entgrenzung I: Entfristete Sicherungsverwahrung versus Liberalität	74
3.1.3.3	Entgrenzung II: Modelle nachträglicher Sicherungsverwahrung	76
3.1.4	Zentralbefund: Die zeitliche Entgrenzung der Sicherungsverwahrung	80
3.2	Sicherungsverwahrung als Paradigma der präventiven Sicherheitsordnung	81
3.2.1	Querverbindungen mit einem verpolizeilichten Risiko- und Feindstrafrecht	81
3.2.2	Opferorientierung und Sicherheitsgarantie im spätmodernen Maßregelrecht	86
3.2.3	Sicherungsverwahrung als Marktprinzip des Neoliberalismus	89
3.2.4	Zentralbefund: Sicherungsverwahrung als Spiegelbild der PSO-Muster	90
3.3	Die präventive Sicherheitsordnung als (Teil-)Produkt geschichtlichen Rechts	90
4.	Schlussbetrachtungen:	
	Gesamtfazit und Skizzen einer geschichtlichen Kriminologie der präventiven Sicherheitsordnung	95
Quellen- und Literaturverzeichnis		99
Quellen		99
Archivalien		99
Bundesarchiv Berlin (BArch Berlin)		99
Hauptstaatsarchiv Stuttgart (HStA Stuttgart)		99
Hessisches Hauptstaatsarchiv Wiesbaden (HHStAW)		99
Hessisches Staatsarchiv Darmstadt (HessStADA)		99
Veröffentlichte Quellen		99
Zitierte Gerichtsentscheidungen (in zeitlicher Reihenfolge)		99
Zitierte Drucksachen (in der Chronologie ihrer Veröffentlichung)		100
Zitierte Plenarprotokolle (nach Institutionen und chronologisch)		102
Zitierte Gesetze (in der Reihenfolge ihrer Verabschiedung)		103
Gedruckte Quellen- und Dokumentensammlungen		104
Literatur bis 1945		104
Literatur nach 1945		107

Momentbilder: Eine fortschreibende Vorbemerkung (zur zweiten Auflage)

Im Augenblick seiner erstmaligen Veröffentlichung, im Sommer 2016, erfasste dieses Buch entsprechend seiner (auch) zeitrechtsgeschichtlichen Orientierung die Gegenwärtigkeit vergangen geglaubten Rechts. Die dabei vorgelegten Skizzen „zur Historisierung der Sicherungsverwahrung“ konturierten die „Präsenz des Vergangenen“¹ als Phänomen „einer gegenwärtigen beziehungsweise vergegenwärtigten Vergangenheit“². In diesen Prozess hineingewachsen erscheinen die seinerzeitigen Befunde über den Status quo der präventiven Sicherheitsordnung folgerichtig als in den analysierten Zeitlauf mittlerweile selbst eingeschriebene Erkenntnisse. Bis heute sind nun neue Momentbilder hinzugekommen. Sie markieren den Fortgang der im Jahre 2016 beschriebenen Entwicklung und sind ihrerseits in den historischen Prozess analytisch einzufügen. Zugleich werden mit ihnen weitere Mosaiksteine zukünftiger Forschungen zur präventiven Sicherheitsordnung benannt.

Die dementsprechende Fortschreibung wird im Folgenden fragmentarisch und gedrängt gehalten; sie erhebt keinen Anspruch darauf, alle seit der Erstaufgabe aufgekommenen Folgebelege für die Verfestigung einer postpräventiven Sicherheitsgesellschaft nachzuzeichnen. Sichtbar gemacht sollen vielmehr die weithin stärker gewordenen Grundströmungen hin zu einem einseitig sicherheitsfixierten „Präventionsregime“, in dem die „Macht der Vorbeugung“³ Gefahr läuft, dass das Sicherheitsnarrativ zu einer sich selbst genügenden *Raison d’Être* staatlich-überschießender Präventivakte wird.

Das entgrenzte Vorbeugungsrecht hinterlässt in jüngster Zeit vertiefte Spuren. Dabei ist die Sicherungsverwahrung nach wie vor *das* Referenzmodell spätmodernen Präventionsstrafrechts. Drei Jahre nachdem Trutz von Trothas Zuschreibung „präventive Sicherheitsordnung“ (PSO) zusammenführend als Deutungsrahmen und zugleich als Katalysator ausgreifender Maßregelgesetzgebung beschrieben wurde, bestätigt der zwischenzeitlich erreichte Zustand des Rechts der Sicherungsverwahrung und die fortwährende Konjunktur eines verpolizeilichten Feind- bzw. Risikostrafrechts den im Jahre 2016 formulierten Befund einer wechselseitig wirkenden Verschärfungslogik beider Systeme – also die Vermutung, dass ein zeitrechtsgeschichtlich zu verstehendes Maßregelrecht die (Verstrafrechtlichungsprozesse der) PSO evoziert und dass parallel die Extension der Sicherungsverwahrung den Aufstieg der präventiven Sicherheitsordnung (mit) hervorgebracht hat. Das Kernproblem dieser Entwicklung – die Entgrenzung rechtsstaatlichen Strafrechts – bleibt virulent. Die PSO der Gegenwart wirkt ausdifferenziert und in sich gedrängt; sie löst sich immer weiter vom klassischen Strafrecht, und ihre Bausteine erscheinen im Sinne einer PSO-Komprimierung verfeinert wie auch miteinander verwoben. Neben dieses Moment der Verdichtung treten zusätzlich Ausdehnungskennzeichen einer quasi hypertonen Präventionsorientierung. Mit dem PSO-Marker lassen sich sowohl Ausgestaltung und Interpretation der ak-

1 Emil Angehrn, *Sein Leben schreiben. Wege der Erinnerung*, Frankfurt am Main, 2017, S. 67.

2 Achim Landwehr, *Die anwesende Abwesenheit der Vergangenheit. Essay zur Geschichtstheorie*, Frankfurt am Main 2016, S. 34.

3 Die beiden zitierten Wendungen („Präventionsregime“ und „Macht der Vorbeugung“) finden sich bei Ulrich Bröckling, *Prävention: Die Macht der Vorbeugung*. In: Ders.: *Gute Hirten führen sanft. Über Menschenregierungskünste*, Frankfurt am Main, 2017, S. 73–112 (101 und 73).

tuellen Normenprogramme zur Sicherungsverwahrung als auch facettenreichen Gesetzgebungsaktivitäten und -techniken im neueren Straf-, Strafverfahrens- und Polizeirecht (auch in ihrer Interdependenz) typisieren. Diese Kennzeichnung verlangt, zuweilen umständlich wirkende Verweisungstechniken und parallel ablaufende Prozesse nachzuverfolgen.⁴ Gleichzeitig ist es notwendig, auf stellenweise komplexe juristische Diskurse einzugehen.

Mit dem am 1. Juli 2017 in Kraft getretenen 53. „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Ausweitung des Maßregelrechts bei extremistischen Straftätern“⁵ hat der Gesetzgeber den bis dahin auf Verbrechen sowie auf Vergehen im Bereich schwerer Sexual- und Gewalttaten beschränkten Katalog besonderer Anlasstaten für eine fakultative Anordnung der Sicherungsverwahrung erweitert. Ausgedehnt wurden damit die Optionen einer Sicherungsanordnung bei nur einer Vorverurteilung (§ 66 Abs. 3 S. 1 StGB) bzw. einer Verhängung bereits im Rahmen der erstmaligen Verurteilung (§ 66 Abs. 3 S. 2 StGB). Einbezogen in den Anlasstatenkatalog (§ 66 Abs. 3 S. 1 StGB) sind nun auch Vorfeldtatbestände des Terrorismusstrafrechts (unter anderem die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Straftat, Terrorismusfinanzierung, Unterstützung einer terroristischen Vereinigung) und mithin Phänotypen risikotrafrechtlicher Gesetzgebungstechniken, die vom Schutz klassischer Rechtsgüter weitgehend abgekoppelt sind. Vor diesem Hintergrund wird kritisiert, dass mit der Einschreibung dieser vorfeldorientierten Delikte in den genannten Vortatenkatalog die Verpolizeilichung des Straf- bzw. Maßregelrechts weiter fortgesetzt⁶ bzw. ein problematischer „**Schritt zur Etablierung eines Sonderstrafrechts für Terroristen**“, in der Literatur auch als Feindstrafrecht bezeichnet,⁷ vollzogen werde. Im Gesetzesentwurf liest sich die parlamentarische Motivlage in Bezug auf diese Änderungen am Recht der Sicherungsverwahrung eher defensiv. Die dortige Argumentationslinie betont, mit der beschriebenen Novelle seien lediglich die „Möglichkeiten für eine Anordnung der Sicherungsverwahrung in beschränktem Umfang ausgeweitet“ worden.⁸ Und weiter – viel breiter angelegt – rekurriert der Begründungstext auf die im selben Gesetzesentwurf vorgenommene StGB-Änderung (§ 68b StGB) im Kontext einer maßregelnden Weisung zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung (EAÜ), deren Anwendungsoption, weil die EAÜ in § 68b Abs. 1 S. 3 StGB auf den Katalog des § 66 Abs. 3 StGB verweist, mit Hilfe des neuen Vor- und Anlasstatenkatalogs hätte erweitert werden müssen.⁹ Was insofern als Akt einer zuvörderst juristisch-handwerklich gebotenen Verweisungstechnik zugunsten der EAÜ erscheint, ist im Kern (auch) eine bewusste Extension des

4 Lediglich erwähnt werden soll an dieser Stelle die Frage, ob der zunehmende Rückgriff der Legislative auf intransparente (Quer-)Verweisungs- und Katalogtechniken zwischenzeitlich selbst als ein PSO-Phänomen anzusehen ist.

5 Dreiundfünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Ausweitung des Maßregelrechts bei extremistischen Straftätern. Vom 11. Juni 2017 (BGBl I, 32, S. 1612–1613).

6 Stefan Harrendorf [Kommentierung zu § 66 StGB]. In: Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.): Strafgesetzbuch. Kommentar, 4. Aufl., München 2019, S. 627.

7 Jörg Kinzig, Stellungnahme. In: Deutscher Bundestag, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz. Wortprotokoll der 133. Sitzung vom 20. März 2017, Protokoll 18/133, S. 1–90 [darin eine „Zusammenstellung der Stellungnahmen“, S. 34–90], hier: S. 44–50 (49) – Hervorhebungen im Original der Stellungnahme Kinzigs. Siehe ferner die Stellungnahmen von Stefan König, ebd., S. 51–58 (53): „Bei Lichte besehen handelt es sich dann um eine von Anbeginn – also bereits bei der strafrechtlichen Verurteilung – praktizierte unbegrenzte Vorbeugehaft, eine Art Guantanamo im Gewande einer strafrechtlichen Maßregel.“ und von Helmut Pollähne, ebd., S. 67–75 (71): „Das Instrument der Sicherungsverwahrung in den Anti-Terror-Kampf zu integrieren, ist aus prinzipiellen Gründen abzulehnen: Für ‚Guantanamo light‘-Regelungen sollte der deutsche Rechtsstaat keinen Platz haben.“.

8 BT-Drs. 18/11161 (14.02.2017), Gesetzesentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Ausweitung des Maßregelrechts bei extremistischen Straftätern, S. 1–12 (10).

9 BT-Drs. 18/11161 (oben, Fn. 8), S. 1–12 (5 ff. und 11).

Rechtsinstituts der Sicherungsverwahrung.¹⁰ Die Ausweitung transportiert dabei eine deutliche Zuschärfung: Das auf Sicherung der Gesellschaft bzw. auf die Verhütung zukünftiger Straftaten ausgerichtete Normenprogramm der Sicherungsverwahrung, angelegt als freiheitsentziehende Präventivmaßnahme, nimmt an dieser Stelle typische Formen strafrechtlicher Vorfeldkriminalisierung in Bezug. Die sicherungsverwahrende Vorfeldmaßnahme formuliert damit eine Vorfeld-Vorfeld-Strategie und potenziert so den ohnehin bereits weit reichenden Präventionscharakter dieser Sicherungsmaßregel.

Gleichlaufend haben einige Bundesländer damit begonnen, die polizeirechtlichen Regelungen für Modelle des Präventivgewahrsams zu verschärfen.¹¹ Wie schon bei der geschilderten Ausweitung der Sicherungsverwahrung bilde(te)n in diesem Zusammenhang auch Bedrohungsszenarien (Terrorismus, organisierte Kriminalität) sowie informationsrechtlicher „Anpassungsdruck“ auf dem Feld moderner Informationseingriffe (Abhör- und Überwachungstechniken) den weit gefassten Legitimationsrahmen, um unter Hinweis auf eine stets neu zu justierende „Sicherheitsarchitektur“ grundrechtssensible „Sicherheitspaket[e]“ aufzulegen.¹² Diese Rechtfertigungsmuster markieren letztlich auch als gemeinsame Klammer die vielschichtigen Maßnahmen einer parallel verlaufenden Verpolizeichung des Straf-¹³ und Strafprozessrechts. So hat das „Gesetz zur effektiveren und praxistauglichen Ausgestaltung des Strafverfahrens“¹⁴ im August 2017 moderne Instrumente polizeilich-klandestiner Informationsgewinnung (so etwa Regelungen zur Online-Durchsuchung und die Verschlüsselungen umgehende Quellen-Telekommunikationsüberwachung) in der Strafprozessordnung festgeschrieben. In dieses Gesetzgebungspaket, ursprünglich aufgelegt als Umsetzung breit angelegter Reformenerwartungen, wurden diese Informationseingriffe kurzfristig und damit unter Vermeidung kritischer Diskurse letztlich als „ein ‚Aliud‘ in das Gesetzgebungsverfahren eingeschmuggelt.“¹⁵ Gleichzeitig integrier(ten) Bund und Länder dementsprechende Eingriffsgrundlagen in die Polizeigesetze. Neu geschaffene

10 Helmut Pollähne (oben Fn. 7), S. 67–75 (71).

11 Auf die Parallelität beider Gesetzgebungsprogramme verweisend: Christin Armenat/Sebastian Kretschmann, Die Ausweitung des Maßregelrechts. Ein probates Mittel zur Verhinderung terroristischer Straftaten? In: Hendrik Wassermann/Robert Christian van Ooyen (Hrsg.): Strafrecht: Reformvorhaben der Großen Koalition (2013–2017) kontrovers diskutiert. Recht und Politik, Beiheft 2, Berlin 2018, S. 45–58 (46 f.). [Zugleich abgedruckt:] In: Recht und Politik, 54. Jahrgang, 1/2018, S. 22–35 (23 f.).

12 Paradigmatisch (dort auch die Zitate): Markus Thiel, Stärkung der Sicherheit für Nordrhein-Westfalen – Demokratie „at its best“. Hintergründe, Entstehungsgeschichte und wesentliche Regelungen des Sechsten Gesetzes zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen. In: Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht, 2. Jahrgang, 1/2019, S. 1–9 (1 f.).

13 Jenseits der stetigen Diskussion klassischen Vorfeldstrafrechts können auch Ausweitung und Verschärfung innerhalb des StGB-Normenabschnitts „Widerstand gegen die Staatsgewalt“ (betroffen: §§ 113, 114 StGB) dem PSO-Prozess zugerechnet werden; dazu: Michael Wagner-Kern, Schutzbedürftige Staatsgewalt? Über Grundströmungen der Reform des Normenprogramms zur Bestrafung von Gewalt gegen Polizeibeamte. In: Hendrik Wassermann/Robert Christian van Ooyen (Hrsg.): Strafrecht: Reformvorhaben der Großen Koalition (2013–2017) kontrovers diskutiert. Recht und Politik, Beiheft 2, Berlin 2018, S. 33–44 (44). [Zugleich abgedruckt:] In: Recht und Politik, 54. Jahrgang, 1/2018, S. 7–18 (18).

14 Gesetz zur effektiveren und praxistauglichen Ausgestaltung des Strafverfahrens. Vom 17. August 2017 (BGBl I, 58, S. 3202–3213).

15 Zitat: Martin Rubbert, [Editorial] George Orwell 2017 – Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ im Schnellverfahren in die StPO eingeführt. In: Strafverteidiger, 37. Jahrgang, 9/2017, S. I. Ausführlich zum Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens: Anja Schiemann, Effektivere und praxistauglichere Ausgestaltung des Strafverfahrens? Was von der großen StPO-Reform übriggeblieben ist. In: Kriminalpolitische Zeitschrift, 2. Jahrgang, 6/2017, S. 338–351 (338 f.); Fredrik Roggan, Die strafprozessuale Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung: Elektronische Überwachungsmaßnahmen mit Risiken für Beschuldigte und die Allgemeinheit. In: Strafverteidiger, 37. Jahrgang, 12/2017, S. 821–829 (821).

ne und daneben erweiterte Befugnisprogramme (etwa: EAÜ, Online-Durchsuchung, Quellen-Telekommunikationsüberwachung und ein ausgeweiteter Präventivgewahrsam) verschärfen nun das Polizeirecht.¹⁶ Als Impulsgeber wirkt(e) dabei die vom Bundesverfassungsgericht am 20. April 2016 in Bezug auf terroristische Straftaten vorgenommene (Neu-)Vermessung polizeirechtlicher Gefahr-Begriffe und damit verknüpfter Eingriffsvoraussetzungen. Da nämlich das Bundesverfassungsgericht¹⁷ den Gesetzgeber durch die Verfassung nicht gezwungen sieht, „Sicherheitsmaßnahmen auf die Abwehr von – nach tradiertem Verständnis – konkreten Gefahren zu beschränken“, und weil die Legislative ferner (obwohl es „auch bei Maßnahmen zur Straftatenverhütung zumindest“ eigentlich einer auf eine „konkrete[n] Gefahr“ bezogenen Tatsachengrundlage bedürfe) „in Bezug auf terroristische Straftaten [...] stattdessen aber auch darauf abstellen“ könne, „ob das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie in überschaubarer Zukunft terroristische Straftaten begeht“, streben (ver-)polizeilich(t)e Versicherheitlichungsmodelle der Gegenwart vermehrt danach, entsprechend reduziert (auf-)gefasste Eingriffsschwellen (wiewohl die „diesbezüglichen Anforderungen [...] normenklar zu regeln“ sind) an eine (nun nur noch) „drohende Gefahr“ anzubinden. Die (Folge-)Debatte betrifft im Besonderen auch Formen so genannten Präventivgewahrsams. Sie läuft entlang der Frage, ob bzw. wie weit die Karlsruher Judikatur dem Gesetzgeber die Option erweiterter Eingriffsbefugnisse einräumt – und ob Ermächtigungsgrundlagen zugunsten präventiver Ingewahrsamnahmen sich an einer (bloß) drohenden Gefahr ausrichten lassen. Hiergegen bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, auch soweit es nun möglich ist (so in Bayern), durchsetzende Ingewahrsamnahmen durchzuführen, um polizeiliche Maßnahmen (EAÜ, Platzverweis), die ihrerseits bereits beim Vorliegen einer drohenden Gefahr für zulässig erklärt wurden.¹⁸ Wenngleich im Rahmen aktueller Reformprojekte Regelungsvorschläge, die – mit zum Teil zeitlich weit ausgreifenden Überlegungen zur möglichen (Höchst-)Dauer eines Präventivgewahrsams – unmittelbar an drohende Gefahren gekoppelte Ermächtigungsvorschläge wieder zurückgenommen bzw. bislang doch (noch) nicht (so) verwirklicht wurden,¹⁹ existiert zumindest ein rechtspolitischer Druck, gerichtet auf eine entsprechende Verschärfung des polizeirechtlichen Sicherheitsgewahrsams, weiter fort.²⁰ Erklärbar wird diese Entwicklung letztlich dadurch, dass erweiterte Eingriffsoptionen gesehen werden, so nunmehr – anknüpfend an die zitierte Judikatur – jenseits der tradierten Gefahrkategorien die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Straftatenbegehung „nur noch personell, nämlich hinsichtlich des individuel-

16 Kompakte Beschreibungen dieser übergreifenden Entwicklung finden sich bei sowohl Simon Welzel/Maximilian Ellner, *Präventivgewahrsam bei drohender Gefahr? – Zum Begriff der drohenden Gefahr sowie den verfassungs- und menschenrechtlichen Anforderungen an den Präventivgewahrsam*. In: *Die Öffentliche Verwaltung*, 72. Jahrgang, 6/2019, S. 211–220 (212 – mit weiteren Nachweisen), als auch bei Michèle Winkler, *Rechtsstaatliche Erosion durch neue Polizeigesetze. Die Polizei wird aufgerüstet*. In: Bellinda Bartolucci u. a. [Hrsg.]: *Grundrechte-Report 2019. Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland*, Frankfurt am Main, 2019, S. 37–45 (37 ff.).

17 Urteil des Ersten Senats vom 20. April 2016 (1 BvR 966, 1140/09). In: *Bundesverfassungsrecht. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Band 141 [2017], Tübingen, S. 221–378 (die wiedergegebenen Zitate entstammen S. 272 und S. 291).

18 Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10. Aufl., München, 2018, S. 292–294; verfassungsrechtliche Bedenken finden sich auch bei Erhard Denninger, *D. Polizeiaufgaben*. In: Matthias Becker/Erhard Denninger/Kurt Graulich (Hrsg.): *Handbuch des Polizeirechts*, 6. Aufl., München 2018, S. 217–318 (238).

19 Siehe zu den Rücknahmen von – unmittelbar an eine drohende Gefahr anknüpfenden – (Vor-)Entwürfen in den Polizeigesetzen Bayerns und Nordrhein-Westfalens: Simon Welzel/Maximilian Ellner (oben Fn. 16), S. 211–220 (212 f.).

20 Simon Welzel/Maximilian Ellner (oben Fn. 16), S. 211–220 (213); siehe ferner Michèle Winkler (oben Fn. 16), S. 37–45 (39 f.).

len Verhaltens einer Person“, besteht und sohin weit in das Vorfeld klassisch-konkreter Gefahren bzw. einer (Vorfeld-)Straftat anknüpfende Eingriffsideen für den polizeilichen Gefährderbegriff anschlussfähig gemacht werden (sollen).²¹ Anders: Der terroristische Gefährder, eine weiter unscharfe und auf polizeiliche Operationalisierungsbemühungen zurückgehende Zuschreibung, wird als neu begriffene Anlassperson schrittweise (unter Vermeidung des Gefährder-Begriffs innerhalb der Normenprogramme) in das Polizei- und Strafrecht eingelesen.²² Jenseits verfassungsgerichtlicher Klarheits- und Bestimmtheitsgebote schwindet dabei die Grundrechtsposition dieses „Gefährders neuen Typs“²³. Er gerät zum Risikoträger ausgedehnt aufgeschriebener Polizei- und Strafrechtskategorien; die klassische Freiheitsvermutung zugunsten eines nach *tradieren* Mustern des Rechts noch immer legalorientiert agierenden Menschen verblasst nunmehr unter dem Druck einer präventiv-polizeilich aufgeladenen Hypothek. Mit Blick auf die in der PSO-Logik angelegte Maßlosigkeit spätmodernen Präventionsrechts verweist die kontrolltheoretische bzw. rechtliche Kernfrage nach dem gefährderorientierten „Umgang mit personenbezogenen Risikohypothesen“²⁴ am Ende fast schon zwingend auf Modelle vorbeugender Inhaftierung, verstanden als einschneidend-sicherste (Auffang-)Option heutigen Vorbeugungsrechts.²⁵ Die Frage wird *noch* zumeist kritisch-abwehrend entwickelt („Dürfen besonders ‚gefährliche‘ ‚Gefährder‘ wohl gar präventiv interniert werden?“²⁶). Zwischenzeitlich ist sie aber auch Gegenstand utilitaristisch geführter Diskurse. Erste Stimmen²⁷ zeigen Wege zu einer solchen Sicherheitshaft auf und beschreiben diesen Pfad – geleitet von der Überlegung „eine ‚vorsorgende Sicherheitspolitik‘ sollte [...] zusätzliche Maßnahmen in Erwägung ziehen“ – nüchtern als eine juristisch-pragmatische Option („Zur Abwendung erheblicher Gefahren können Bund und Länder [...] auch zu einer zeitlich begrenzten und rechtlich eingehegten Präventivhaft greifen. Kategorische rechtliche Gründe stehen dem nicht entgegen. Dieser Schritt bedeutet jedoch eine deutliche Abkehr von der ‚grundrechtsschonenden Sicherheitspolitik‘, welche die Bundesrepublik in den letzten Jahrzehnten *cum grano salis* verfolgt hat.“).

Die Problematik solch eines polizeilichen Sicherheitsgewahrsams berührt Grundlegendes; es geht nämlich nun um die Frage nach dem Bestand des (grund- bzw. verfassungsrechtlich) Unverfügbaren.²⁸ Bemerkenswert ist der aktuell-zeitliche (beginnend 2017) und kontrolltheoretische (angesichts terroristischer Gefährder und im Lichte von Vorfeldkategorien aufgelegte Reformprogramme) Gleichklang einer – wie gesehen – auf terroristische Vorfelddelikte hin ausgewei-

-
- 21 Diese Zusammenhänge werden deutlich einerseits bei Bodo Pieroth, Befugnisserweiterung mit Begriffsverwirrung. In: Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht, 1. Jahrgang, 4/2018, S. 133–138 (135 – dort auch das Zitat), andererseits bei Erhard Denninger (oben Fn. 18), S. 217–318 (237).
- 22 Siehe Dominik Brodowski/Matthias Jahn/Charlotte Schmitt, Gefahrträchtiges Gefährderrecht. Aufgaben, Anwendungsfälle und Aporien der Gefahrenabwehr durch Strafrecht heute – Teil 1. In: Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht, 2017, S. 7–12 (10 ff.).
- 23 Felix Hanschmann, „Gefährder“ – eine neue Figur im Öffentlichen Recht. In: Kritische Justiz, 50. Jahrgang, 4/2017, S. 434–447 (438).
- 24 Felix Hanschmann (oben Fn. 23), S. 434–447 (439).
- 25 Ein entsprechender – kritischer – Hinweis auf diese Logik hin zur „Vorbeugehaft“ findet sich bei Kurt Graulich, Aufgaben und Befugnisse des Bundeskriminalamts im digitalen Rechtsraum – Das Gesetz zur Neugestaltung des BKAG im Jahr 2017. In: Kriminalpolitische Zeitschrift, 2. Jahrgang, 5/2017, S. 278–287 (285).
- 26 Erhard Denninger (oben Fn. 18), S. 217–318 (238).
- 27 Michael Kubiciel, Grund und Grenzen des Präventivgewahrsams für Terroristen. In: Zeitschrift für Rechtspolitik, 50. Jahrgang, 2/2017, S. 57–59 (Zitate: S. 57 und S. 59).
- 28 Zu dieser „Vergewisserung über Kernprämissen und Unverrückbares“: Dominik Brodowski/Matthias Jahn/Charlotte Schmitt, Gefahrträchtiges Gefährderrecht. Aufgaben, Anwendungsfälle und Aporien der Gefahrenabwehr durch Strafrecht heute – Teil 2. In: Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht, 1. Jahrgang, 1/2018, S. 7–11 (11).

teten Sicherungsverwahrung mit extensiven und gleichsam terroristisch-gefährderorientierten Optionen für Formen polizeilichen Präventivgewahrsams. Ein damit zeitrechtsgeschichtlich-kritisch – bei aller gebotenen Zurückhaltung gegenüber historischen Vergleichen sowie unter Hinweis auf die vielfältigen historischen und rechtlichen Unterschiede gleichwohl – angezeigter Blick auf solche maßregel- und polizeirechtliche Parallelstrukturen, wie sie sich im Rahmen der Einführung der Sicherungsverwahrung (1933/1934) ob der zeitgleich aufgelegten Implementierung einer polizeirechtlichen Vorbeugehaft gezeigt haben (dazu unten: 3.1.1.3), nimmt im Rahmen der aktuellen Präventivgewahrsamsdiskurse, soweit erkennbar, wenig Raum ein. Historisches Bewusstsein spiegelt sich mittelbar wider – in der verwendeten bzw. vermiedenen Terminologie. So erscheint der Begriff des Vorbeugegewahrsams heute selten(er) oder wird ersetzt durch Zuschreibungen wie Präventiv-, Sicherheits- oder Unterbindungsgewahrsam.²⁹ Auch die aktuell diskutierten Reform- bzw. Gesetzestexte vermeiden, soweit ersichtlich, den Begriff des Vorbeugegewahrsams. Die (rechts-)geschichtliche Dimension scheint demnach bekannt – auch in ihrer Brisanz. Inhaltlich findet dieser Punkt aber nur selten Erwähnung. Deutliche Hinweise werden aber gegeben. Der Staatsrechtler Bodo Pieroth formulierte angesichts des ersten Regierungsentwurfs zur Reform des Polizeigesetzes in Nordrhein-Westfalen: „Während man heute beschwichtigend von Vorfeldmaßnahmen spricht, nannte man das zu der Zeit, als ich Polizeirecht lernte, Vorbeugehaft und hielt sie ganz überwiegend für rechts- und verfassungswidrig.“³⁰ Der sich in diesem Zitat ausdrückende – letztlich auch historisch getragene – Vorbehalt steht in Zeiten einer präventiven Sicherheitsordnung unter dem Druck eines allseits stark gemachten Vorfeldregimes. Es bestätigt sich der Befund (unten 3.3) über die für PSO-Entwicklungen typische Tendenz, zeitrechtshistorisches Wissen um der Fortschreibung verpolizeilichten Präventionsrechts willen weitgehend unberücksichtigt zu lassen. Mit den vorgelegten Skizzen „zur Historisierung der Sicherungsverwahrung“ soll(te) ein (methodischer) Gegenentwurf zu zeitrechtsgeschichtlichen Lücken in Bezug auf die Analysen (dieser maßregelnden Form) modernen Präventionsrechts benannt werden. Im Besonderen versucht(e) dieser Ansatz aufzuzeigen, wie zeitrechtshistorische Erkenntnisse Verstehen und Bewertung (nach-)präventiven Rechts, mittels und am Beispiel der Sicherungsverwahrung, möglich machen. Die damit berührte Frage nach der Berücksichtigung der Geschichtlichkeit des Präventionsrechts formuliert(e) dieses Buch auch als Spannungsverhältnis zwischen rechtsgeschichtlich orientierten und rein gegenwartsbezogenen Betrachtungen.

Genau dieser (methodische) Konflikt spiegelt sich in der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Sicherungsverwahrung wider. In einem Urteil der Großen Kammer³¹ verneinte der Straßburger Gerichtshof am 4. Dezember 2018 für einen (Alt-) Fall³², dessen Bezugspunkt eine Verurteilung aus dem Jahre 1998 und eine anschließend auf Jugendstrafrecht gestützte (2008 angeordnete) nachträgliche Sicherungsverwahrung war, die vom Antragsteller gerügte Verletzung von in der Europäischen Konvention zum Schutz der Men-

29 Instruktiv (mit Nachweisen): Kurt Graulich, E. Das Polizeihandeln. In: Matthias Becker/Erhard Denninger/Kurt Graulich (Hrsg.): Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl., München 2018, S. 319–642 (492, dort auch Fußnote 802). Vgl. dazu ferner: Simon Welzel/Maximilian Ellner (oben, Fn. 18), S. 211–220 (212, dort Fußnote 12).

30 Bodo Pieroth (oben, Fn. 21), S. 133–138 (136).

31 European Court of Human Rights. Grand Chamber, Judgement, Strassbourg, 4 December 2018, Case of *Ilmseher v. Germany* (Applications nos. 10211/12 and 27505/14), veröffentlicht unter: <https://hudoc.echr.coe.int> [abgerufen am 1. Juni 2019].

32 Der Fall war unter anderem Anlass für das im Jahre 2011 erlassene Grundsatzurteil des Bundesverfassungsgerichts (siehe BVerfG 2011: 326–409 [351 ff.]) gewesen (zu der Entscheidung auch unten 3.1.3.3, dort Fn. 72).

schenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) niedergelegten Rechten³³. Getragen von einer breiten Aufbereitung der Entwicklung des relevanten inländischen Rechts und der Rechtspraxis („relevant domestic law and practice“) verwarf dabei die Mehrheit der Richter einen (rechtsverletzenden) Strafcharakter der hier nachträglich verhängten Sicherungsverwahrung („[...] preventive detention implented in accordance with the new legislative framework in the application’s case during the period here at issue can no longer be classified as a penalty within the meaning of Article 7 § 1.“) mit dem Hinweis, die Maßnahme sei gegenüber dem Antragsteller vornehmlich „wegen und mit einer Sicht auf die Notwendigkeit dessen geistiger Störung und unter Berücksichtigung seines kriminellen Hintergrunds verhängt worden,“ wodurch „das punitive Element der Sicherungsverwahrung und deren Verbindung mit der von dem Antragsteller begangenen strafbaren Handlung unter diesen Umständen dergestalt gelöscht“ worden und so „die Behandlung nicht länger eine Strafe“ gewesen sei.³⁴ Soweit die Kammer als Beurteilungsgrundlage das inländische Recht bzw. die deutsche Rechtspraxis in Bezug nimmt, stellt der dabei skizzierte „generelle rechtliche Strukturrahmen des Regelwerks zur Sicherungsverwahrung“ auf die traditionelle Zweispurigkeit (Strafen und daneben Maßregeln der Besserung und Sicherung) im deutschen Strafrecht ab – betrachtet „in accordance with a long-standing legal tradition“ als im „German Criminal Code“ seit langem vorgenommene Unterscheidung.³⁵ Diese rechtshistorische Zuschreibung einer „long-standing legal tradition“ erfolgt jedoch mittels einer letztlich starren Gegenwartsfixierung, also einzig auf der analytischen Folie des bestehenden bzw. des jüngst gesetzten (bundesrepublikanischen) Rechts. Langjährige Traditionslinien, konkrete gesetzgebungsgeschichtliche Ursprünge (die erstmalige Kodifizierung der Sicherungsverwahrung im Jahre 1933 im Rahmen des Gewohnheitsverbrechergesetzes) und die Praxis des Maßregelrechts (so auch vor 1945) finden dabei, obwohl eine „long-standing legal tradition“ bemüht wird, keine Erwähnung; die Sicherungsverwahrung wird als eine in das deutsche Strafgesetzbuch (§ 66 StGB) – seit irgendwann und wie auch immer – traditionell eingeschriebene Sanktionsoption erfasst, und die Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung erscheint (so) als Phänomen, das erstmals im Jahre 2004 Teil des deutschen Strafrechts wurde.³⁶

Jedoch stieß diese Lesart innerhalb der Großen Kammer auf deutlichen Widerspruch. In seinem breit angelegten Minderheitsvotum kontrastiert(e) Richter Paulo Pinto de Albuquerque die Argumentation der Kammermehrheit in Form einer umfangreichen Gegenerzählung, die den historischen Hintergrund („historical backround“) der Sicherungsverwahrung (mit) in das Zentrum der eigenen (abweichenden) Bewertung rückt; und seine „dissenting opinion“ liest sich auch als analytisch-methodischer Kontrapunkt im Sinne einer strafrechtlichen wie auch strafrechtssoziologischen Neuvermessung des Normenprogramms zur Sicherungsverwahrung, dessen verges-

33 Gerügt wurden Verletzungen von Art. 5 Abs. 1 und Abs. 4 EMRK (Recht auf Freiheit), Art. 6 Abs. 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) und Art. 7 Abs. 1 EMRK (Keine Strafe ohne Gesetz).

34 European Court of Human Rights. Grand Chamber, Judgement, Strassbourg, 4 December 2018, Case of Inseher v. Germany (Applications nos. 10211/12 and 27505/14), veröffentlicht unter: <https://hudoc.echr.coe.int> [abgerufen am 1. Juni 2019]: §§ 48 ff. („relevant domestic law and practice“); § 236: „The application’s preventive detention was imposed because of and with a view to the need to treat his mental disorder, having regard to his criminal history. [...] The punitive element of preventive detention and its connection with the criminal offence committed by the applicant was erased to such an extent in these circumstances that the measure was no longer an penalty.“ Dort (§ 236) findet sich auch der zitierte Verweis auf die Übereinstimmung mit der rechtlichen Rahmenstruktur (nochmals: „[...] preventive detention implented in accordance with the new legislative framework in the application’s case during the period here at issue can no longer be classified as a penalty within the meaning of Article 7 § 1“).

35 European Court of Human Rights (oben, Fn. 34), § 48.

36 European Court of Human Rights (oben, Fn. 34), § 49 und § 50.

sene dunkle Vergangenheit („forgetting the dark past“) Pinto de Albuquerque dem Majoritätsurteil vorhält, so nämlich die Kammermehrheit den historischen Hintergrund der Maßnahme nicht vollständig berücksichtigt habe.³⁷ Diese analytische Lücke schließt das Sondervotum. Es verweist, gestützt auf umfangreiche Quellen, sowohl auf die zentrale Funktion der 1933 für das NS-„*Feindstrafrecht*“ geschaffenen Option einer Sicherungsverwahrung so genannter Gewohnheitsverbrecher als auch auf den nationalsozialistischen Steuerungscharakter dieser Maßregel, die ein Kerninstrument der nationalsozialistischen Segregationspolitik war – und das galt ebenso, wie in der „dissenting opinion“ nachzulesen ist, für die Modelle einer nachträglichen Sicherungsverwahrung sowie die (im weiteren Verlauf der NS-Herrschaft eingeführte) Einbeziehung „*jugendliche[r] Schwerverbrecher*“.³⁸ All dies wird in seiner Bedeutung für die Gegenwart anhand zweier Grundlinien rekonstruiert: Zum einen erfolgt der Hinweis darauf, dass die Revision des NS-Unrechts durch den Alliierten Kontrollrat die Regelungen zur Sicherungsverwahrung nicht (vollständig) erfasste. Zum anderen markiert das Minderheitsvotum die (detailliert nachgezeichnete) bundesrepublikanische Gesetzgebungsgeschichte als Prozess, dessen vorkonstitutionelles Fundament an vielen Stellen beibehalten blieb („... the Federal Republic of Germany kept it.“), wobei im Juli 2008 implementierte Konzepte nachträglicher Sicherungsverwahrung auch bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht als über NS-Regelungsstrukturen hinausgehend („Going beyond Hitler“) gekennzeichnet werden. Diese³⁹ rückblickenden Zuschreibungen wie auch ein in dem historischen Zwischenfazit („preliminary conclusion“) zu lesender – gegenwartsbezogener – Satz („The *Feindstrafrecht* is still very much alive.“) lassen aufhorchen: Pinto de Albuquerque rückt die ‚dunkle Vergangenheit‘ der Sicherungsverwahrung (mit) in das Zentrum der Beurteilung, und auch abschließend („final conclusion“) verweist das Minderheitsvotum auf die „renaissance“ des „*Feindstrafrecht[s]*“ wie auch auf den fehlenden Willen, Lehren aus der Geschichte zu ziehen.⁴⁰ Argumentativ und methodisch ist diese historische Rahmung neu; sie fordert nämlich für den forensischen Diskurs eine andere Sicht auf die Sicherungsverwahrung. Die so erzählte Geschichtlichkeit des Maßregelrechts ist kein funktionsloser Akt bloßer Deskription oder Ornamentik (mehr). Pinto de Albuquerque vermittelt vielmehr die Koordinaten eines historischen Maßregelrechts der Gegenwart und schreibt dabei der zeitrechtsgeschichtlichen Dimension der Sicherungsverwahrung – jenseits juristischer Auslegungsprinzipien – einen konkreten Steuerungsanspruch zu. Es bestätigt sich damit zugleich das (auch praktische) Potenzial einer aus strafrechtssoziologischen Analysen ableitbaren „geschichtlichen Krimino-

37 European Court of Human Rights. Grand Chamber, Judgement, Strassbourg, 4 December 2018, Case of Ilseher v. Germany (Applications nos. 10211/12 and 27505/14). Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque joined by Judge Dedov, veröffentlicht unter: <https://hudoc.echr.coe.int> [abgerufen am 1. Juni 2019]: „Introduction, § 1“ („My separate opinion [...] consists of two parts. The first part is devoted to the study of preventive detention under domestic law, with regard to adults, young adults (*Heranwachsenden*) [...] and juveniles (*Jugendlichen*), [...] since it seems to me that the majority judgment has not fully taken into account the historical background [...] and the dogmatic framework [...] of this measure and therefore misunderstood its nature and purposes and underestimated its theoretical shortcoming and practical deficiencies.“) und § 2 („Forgetting the dark past“).

38 Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque (oben Fn. 37), §§ 2–20 (Zitate: § 2 und § 5 – Hervorhebungen im Original).

39 Zu den zuvor wie auch den in diesem Satz wiedergegeben Punkten: Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque (oben Fn. 37), §§ 2–20 – die drei Zitate finden sich in § 6, sodann in § 19 (dieses Zitat – vollständig [mit Verweis auf die Absätze]: „Going beyond Hitler (§§ 19–20)“ – bildet dort eine Überschrift und ist im Original fett gedruckt) und schließlich in § 32. Siehe ferner zur historischen Dimension der Einschreibung der nachträglichen Sicherungsverwahrung im Kontext des NS-Rechts: Ulrich Eisenberg, *Jugendgerichtsgesetz*, 20. Aufl., München 2018, S. 2 f. und 178.

40 Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque (oben Fn. 37), § 129 – zitierte Hervorhebung im Original.

logie der präventiven Sicherheitsordnung“ (dazu unten 4). Pinto de Albuquerque formuliert(e) zwar (noch) gegen die Kammermehrheit; gleichwohl: Seine „dissenting opinion“ bietet von nun an eine anschlussfähige Perspektive.

Nach alledem zeigt sich die fortwährende Konjunktur spätmoderner PSO-Phänomene in einem Zustand anhaltender Zuschärfung. Gleichzeitig unterstreichen die in dieser Vorbemerkung aufgezeigten Entwicklungslinien die analytische Qualität des Trotha'schen Deutungsrahmens „präventive Sicherheitsordnung“ im Sinne eines offenen Zuschreibungskatalogs, der als Baustein einer PSO-Theorie die Einschreibung gegenwärtiger Prozesse der Verstrafrechtlichung in ein spezifisch-abstrahiertes Erklärungsmodell möglich macht. Unterstrichen wird damit zugleich die Aktualität der vor drei Jahren vorgelegten Grundlagenarbeit über das zeitrechtsgeschichtliche Fundament der PSO. Diese Grundlegung bedarf keiner Neuformulierung; sie wird durch die Momentbilder bestätigt.

Anlässlich der Neuauflage wurden (deshalb) lediglich die bis heute in der ersten Auflage aufgefundenen Schreib- und (Zu-)Ordnungsfehler berichtigt; der ursprüngliche Text selbst sowie das Quellen- und Literaturverzeichnis blieben für die zweite Auflage inhaltlich unverändert. Losgelöst von dem Quellen- und Literaturverzeichnis sind alle für die Momentbilder herangezogenen neuen Materialien und die im Rahmen dieser Vorbemerkung verwendete Literatur – quasi als in sich geschlossene Einheit – in den Fußnoten dieser vor die Klammer gezogenen Fortschreibung vollständig benannt bzw. ausgewiesen worden. Nebenbei apostrophiert diese formale Abkoppelung von den nachfolgenden Seiten den Charakter der Momentbilder als eine in ihrer Entstehung immer breiter gewordene Vorrede, die schließlich in einem Vorbemerkungsformat (neue) PSO-Befunde abbildet(e). Der Logik jeder analytischen Beschäftigung mit der präventiven Sicherheitsordnung entsprechend entstand damit erneut ein unfester Text; auch dieser wird weiter fortzuschreiben sein.

Wiesbaden, im Juni 2019

Michael Wagner-Kern