

*durchführung an sich und der Beweisverwertung in den Mittelpunkt“* stelle. Eine Verurteilung bleibe aber möglich, wenn eine ausreichende Kompensation erfolge.

Der Praktiker findet in der vorgelegten Arbeit nicht nur eine Fundgrube für die Verteidigung, sie bietet auch einen guten Überblick über die bestehenden Probleme und ihre unterschiedliche Behandlung durch deutsche Gerichte und den EGMR.

Für die Praxis ist die Dissertation zu empfehlen, da die kompakte Zusammenführung der unterschiedlichen Probleme und Positionen ihresgleichen sucht.

LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

## **Katrin Gierhake: Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht.**

### **Eine Untersuchung zu den Grundlagen und Kriterien legitimer Terrorismusprävention**

**Duncker & Humblot, Berlin 2013, 495 Seiten, 99,90 €**

I. Der Leser des Wij wird sich als erstes fragen, was denn Terrorismusprävention mit dem Wirtschaftsstrafrecht zu tun hat, ob also die vorliegende Rezension in einer dem Wirtschaftsstrafrecht gewidmeten Zeitschrift überhaupt richtig aufgehoben ist. Die Antwort verlangt nach einer Differenzierung: wer in dem besprochenen Buch etwas zu wirtschaftsstrafrechtlichen Tatbeständen sucht, braucht es gar nicht erst zur Hand zu nehmen. Er wird nicht fündig werden. Wen jedoch beim Blick auf das als modern geltende Strafrecht ein un gutes Gefühl beschleicht und wer wissen möchte, ob er damit alleine steht und ob es für seine Zweifel Gründe, vielleicht sogar Rechtsgründe gibt, der wird, soweit er nur etwas phantasiebegabt ist, bei der Lektüre reich beschenkt werden. Im Kern dreht sich die Untersuchung um das Phänomen *Strafrecht* als solches, um die Frage, was Strafrecht ausmacht, und zwar nicht als Gesamtheit der geltenden Strafnormen. *Gierhake* sucht vielmehr nach den spezifischen Voraussetzungen für ein rechtsstaatlich – freiheitliches Strafrecht. Das erfordert zwangsläufig auch die Abgrenzung zu anderen Rechtsbereichen, insbesondere zum Recht der Ordnungswidrigkeiten und zum Polizeirecht (im weiteren Sinne), welche kein mit dem Strafrecht übereinstimmender, also einheitlicher Begriff des Unrechts verbindet (zutr. S. 201). Die tiefeschürfenden und grundlegenden, sehr verständlich geschriebenen und mit zahlreichen Zusammenfassungen äußerst leserfreundlich präsentierten Darlegungen bieten reichhaltige und überzeugende Argumente, die sich auch gegen übertriebene und damit im Ergebnis kontraproduktive Vorstellungen von der Legitimität und Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsstrafrechts ins Felde führen lassen – wie und an welcher Stelle, das allerdings kann und muß sich der am Wirtschaftsstrafrecht Interessierte selbst überlegen. Diese Aufgabe an solcherart Leser zu delegieren, konnte die Autorin angesichts der Thematik des Werkes beim besten Willen nicht vermeiden.

II. Das 2006 – 2012 verfaßte Buch wurde im Wintersemester 2012/13 als von *Zaczyk* betreute und von *Kindhäuser* zweitbegutachtete Habilitationsschrift von der Bonner Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen. *Katrin Gierhake*, inzwischen selbst Professorin in Regensburg, knüpft dabei an eigene Überlegungen an, die sie in ihrer Dissertation (Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, Berlin 2005) zur Strafe als freiheitliches Rechtsinstitut präsentiert hat. Man wird ihr sicher nicht zu nahe treten, bezeichnet man sie als Neo-Kantianerin.

Ihre Habilitation gliedert sich in 6 Teile: Teil 1 (S. 19 – 45): Einführung: Zur Notwendigkeit einer grundlegenden rechtlichen Verhältnisbestimmung von Freiheit, Sicherheit und Strafe; Teil 2 (S. 48 – 151): Rechts- und staatsphilosophische Grundlegung zum Verhältnis von Freiheit und Sicherheit im Rechtsstaat; Teil 3 (S. 152 – 179): Grundzüge der Diskussion um die Freiheits- und Sicherheitsgewährleistung im modernen Verfassungsstaat; Teil 4 (S. 180 – 300): Erscheinungsformen des Sicherheitsgedankens im gegenwärtigen (materiellen) Strafrecht und die damit einhergehenden Legitimationsprobleme – dargestellt am Beispiel der Terrorismusstraftatbestände; Teil 5 (S. 301 – 448): Legitime Ausgestaltung moderner Sicherheitsgesetzgebung im Bereich der Terrorismus- und Kriminalitätsprävention: Lösungsansät-

ze, Kritik und eigene Kriterien; Zusammenführender Teil 6 (S. 449 – 459): Sicherheitsgesetzgebung nach einem freiheitlichen Rechtsverständnis.

III. Die Erwägungen *Gierhakes* beginnen im 1. Teil mit der Festlegung auf einen integralen Rechtsbegriff von Freiheit und Sicherheit als zwei sich ergänzende und aufeinander verweisende Komponenten (S. 29). In der Betrachtung der Rechtsentwicklung der letzten Jahre (S. 30 ff.) erkennt die Autorin eine Tendenz weg vom klassisch – liberalen Tat- hin zum Präventionsstrafrecht. Sie zitiert dazu den früheren Düsseldorfer Polizeipräsidenten *Lisken*, der bereits 1994 von der damit verbundenen *Auflösung des Strafrechts* gesprochen habe (S. 30). Sie warnt voller Lebenslust und Energie vor Entgrenzung und Erstarrung nicht nur als Tod der Freiheit, sondern auch als Tod der Lust an der Unvernunft! Sie wird es zu Recht als Auszeichnung betrachten, sich mit solchen, in deren Augen: Horrorvorstellungen gegenüber jedem Bürokraten disqualifiziert zu haben (und wird vielleicht selbst die Ordnung in Person sein – jedenfalls zeigt sie sich in ihren Ausführungen als streng diszipliniert!). Die wahren Horrorvisionen auf die Spitze getriebener Präventionsvorstellungen wurzeln indes in den Möglichkeiten moderner Technik: Sind bildgebende Hirnscanner dereinst soweit, daß sie die bevorstehende Realisierung von Gefahren erkennen können, so lassen sich solche Gedanken von der Gehirnpolizei in Echtzeit unterbrechen, bevor es zur Tat kommt. Offen ist allerdings, ob sich dann jeder mangels Möglichkeit der Realisierung einer Gefährdung frei bewegen kann (als von *Pawlik* angestrebtes Ideal auf S. 43 f. dargestellt) oder ob das Strafrecht 16.0 (oder so ähnlich) gar keine Tat mehr benötigt, sondern schon den Gedanken pönalisiert (davor graute es VRBGH *Fischer* im September 2014 auf einer Tagung des Zentrums für Interdisziplinäre Sozialforschung <ZIS>, Bielefeld). *Gierhake* hält jedenfalls fest an der Trennung zwischen Prävention, die dem Polizeirecht zuzuordnen sei, und dem repressiven Strafrecht, welches sich allein aufgrund der Sicherung der Grundlagen der Freiheit legitimieren lasse (S. 37).

Der geistesgeschichtlich und rechtsphilosophisch auch für Nicht-Juristen hochinteressante Teil 2 gibt einen Überblick über die Grundlagen, die für das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit maßgeblich sind. In ihm skizziert *Gierhake* die wesentliche Entwicklung von *Hobbes* bis *Carl Schmitt*. Erfreulicherweise begnügt sie sich dabei nicht mit einer schlichten Dokumentation, sondern präsentiert sowohl die wesentlichen Gedankengänge als auch deren Entwicklung, wobei sie Unterschiede und Gemeinsamkeiten der maßgeblichen Denker ihrer Zeit in leicht verständlicher Form herausarbeitet. *Hobbes* (S. 56 – 72) legitimierte den Staat nicht nur schlicht aufgrund der Gewährung von Sicherheit, sondern verlangte auch unbedingte Unterordnung jedes Einzelnen. Den darin liegenden Widerspruch, Freiheitssicherung durch Unterwerfung der eigenen Freiheit unter die staatliche Macht, hob erst *Kant* (S. 76 – 113) nach Vorarbeiten von *Humboldts* (S. 72 – 76) auf, indem er den Staat auf die Sicherung der Freiheit der Individuen und damit auf Bewahrung vor Eingriffen Dritter in anerkannte und deswegen zu schützende Rechte verpflichtete. Bemerkenswerterweise hob bereits *Kant* hervor, was den heutigen Gesetzgebern nur immer wieder ins Bewußtsein gerufen werden kann, nämlich daß die Praktikabilität untrennbarer Teil des Rechts selbst ist (S. 79). Die Verfasserin stellt anschließend zwar verschiedene Abweichungen *Hegels* (S. 114 – 135) vom kantischen Denken fest und dar, hebt aber vor allem die im Kern gleiche, der Wahrung der Freiheit verpflichtete Staatsidee beider hervor (S. 135). *Hegels* Vorwurf gegenüber *Kant*, nur eine formelle Ordnung ohne materielle Kriterien entwickelt zu haben, weist *Gierhake* als Unterschätzung *Kants* seitens *Hegels* energisch zurück (S. 135) und bestätigt ihren Standpunkt auch soweit *Kants* Betonung der Funktion des Staates als Koordinator der Freiheit (S. 93) an den vor etwa 40 Jahren aus den USA transferierten Rechtsgedanken des Grundrechtsschutzes durch Verfahren erinnert. *Gierhake* läßt insoweit keinerlei Zweifel an der Notwendigkeit zusätzlicher Anbindung an materielle (Rechts-)Kriterien (z.B. S. 204 f. und 207). Nach der Entwicklung der Grundlagen des liberalen Staates seitens *Kants* und *Hegels* verzeichnet *Gierhake* einen Bruch: der Positivismus *Kelsens* (S. 135 – 140) „reingete“ den Rechtsbegriff von allen Sollensanforderungen und *Carl Schmitt* (S. 140 – 148) ging noch einen Schritt weiter und fiel damit hinter *Hobbes* zurück, weil er keinerlei materielle Voraussetzungen für die Ausrufung des Ausnahmezustands und die damit verbundene Suspendierung der Herrschaft des Rechts entwickelte und einzuhalten verlangte.

Die im 3. Teil rezipierte derzeitige Staatsrechtslehre teilt *Gierhake* in zwei Gruppen auf, einerseits die Befürworter der Abwägung, *Isensee*, *Brugger*, *Hillgruber*, *di Fabio* (S. 152 – 168), andererseits diejenigen, die Freiheitseinbußen als Preis der Sicherheit rechtfertigten, insbesondere *Deppenheuer* (S. 168 – 177). Sie alle definieren die Freiheit vom Staat aus betrachtet und nicht als diesem vorgegeben und ernten daher sämtlich *Gierhakes* Widerspruch. Teil 4

ist der Anwendung der von ihr befürworteten Essentialia auf die §§ 129 ff., 89a, 89b und 91 StGB gewidmet, welche sie in ihrer geltenden Fassung nicht nur sämtlich als nicht legitimiert, sondern mit Ausnahme der Pönalisierung der Organisatoren angemessener und mit terroristischen Mitteln den Staat bedrohender Gruppen zudem als nicht legitimierbar ansieht. Die Verwerfung des Strafrechts als taugliches Mittel der Vorsorge gegen terroristische Bedrohungen führt automatisch zur Suche nach Alternativen. Ihre Position entwirft *Gierhake* nach Ablehnung der Konzeption *Jakobs'* vom Feindstrafrecht als die Personalität der Täter verleugnend (S. 302 – 310, zuvor bereits S. 243 – 247) in ausführlicher Auseinandersetzung mit den Gedanken *Pawliks* vom *kriegsrechtlich orientierten Präventionsrecht* (S. 310 – 446). In bewundernswerter Tiefe und Knappheit beleuchtet sie dabei unter Verweis auf eine Fülle von Quellen sowohl die Grundlagen des Kriegsvölkerrechts (S. 314 – 338) als auch die prägenden Parameter des Polizeirechts seit dem 19. Jahrhundert (S. 338 – 447). Sie teilt den Ansatz *Pawliks* und befürwortet die Entwicklung eines neuen Rechtsgebiets, angesiedelt zwischen Polizei- und Strafrecht, verwirft aber vehement sämtliche Mittel, die *Pawlik* aufgrund seiner Anleihen beim Kriegsrecht bejaht. Der kurze Teil 6 dient dann nur noch der knappen Skizzierung ihrer eigenen Position nebst philosophischer Grundlagen. Die Arbeit mündet in einen einzigen Absatz, in welchem *Gierhake* stichwortartig die von ihr in einem neuen Präventionsrecht für zulässig erachteten Maßnahmen zusammenfaßt (Beschränkung der Fortbewegungsfreiheit, Betretungsverbote, Beschlagnahme potentieller Tatmittel, Ausweisung und Präventivhaft, S. 458, bis zu 2 Jahren, S. 447), allesamt Maßnahmen, die bereits Mitte des 19. Jahrhunderts entwickelt wurden, und einen Ausblick auf die Schritte, die sie als zum Aufbau des neuen Rechtsgebiets für erforderlich erachtet, nämlich (1) Verabschiedung eines Präventionsgesetzes (nach Klärung der Gesetzgebungskompetenz) und (2) Aufbau einer Präventivjustiz (3) auf der Basis einer Verfahrensordnung (S. 458 f.). Die Arbeit *Gierhakes* läßt sich somit als eine durch eine 3. Säule modifizierte Bestätigung (S. 452 – 456) ihrer Ausgangsthese von der strikten Trennung des Polizei- vom Strafrecht betrachten, die es vermeidet, die Aussage einschränken zu müssen, Prävention könne niemals Strafgrund sein.

**IV.** *Gierhake* macht an vielen Stellen deutlich, welcher Auffassung sie zu dem jeweils gerade behandelten Thema zuneigt. Auf eine kompakte Darstellung i.S. der Entwicklung einer eigenen Lehre verzichtet sie hingegen. Diese Beschränkung ist deshalb durchaus schlüssig, weil sie sie überzeugende Gedankengebäude in der freiheitlichen Auffassung vom Strafrecht findet, z.B. bei *von Bernstorff* (S. 163), *E.A. Wolff*, (S. 247 – 250 und 281 – 284), auch in Parallele zu ihrem akademischen Lehrer *Zaczyk* (S. 250 – 252) und bei *Köhler* (S. 253 – 255). Dabei bleibt sie jedoch nicht stehen, sondern versetzt ihre Auseinandersetzung mit den Ansichten Dritter immer wieder portionsweise mit eigenen weiterführenden Überlegungen. Ihre Position wird gleichwohl deutlich: Für *Gierhake* ist Sicherheit nur als Sicherung der gesetzmäßigen Freiheit richtig bestimmt (S. 154 und 178), während isolierter Prävention die Gefahr der Aushöhlung von Freiheit innewohnt (S. 163). Danach kann dem Staat niemals die Befugnis zuerkannt werden, ein Subjekt völlig zu entrechteten (S. 167 f.), ja er darf zudem auch niemanden einfach nur instrumentalisieren (S. 178). Hier setzt sie in problematischer Weise Maßnahmen zugunsten des Staates selbst und Eingriffe zugunsten bedrohter Subjekte gleich. Dabei verkennt sie für Letztere die Bedeutung der Nothilfekomponente und die Pflicht zu effektivem Schutz, die dem Staat aus dem Verbot der Selbsthilfe erwächst. Die Schutzfunktion der Grundrechte anerkennt sie zwar, aber nur im Nachrang zur Abwehrkomponente, die keine Eingriffe in den Kern der Grundrechte Dritter zu rechtfertigen vermag. Wie problematisch das von ihr befürwortete Instrumentalisierungsverbot ist, erkennt *Gierhake* allerdings selbst. Aus ihrer Sicht relativiert sie es allerdings nicht, indem sie anerkennt, daß der Staat einzugreifen befugt ist, wenn ein Subjekt die Freiheit eines anderen Subjekts konkret bedroht. Diffuse Sicherheits- oder sonstige Allgemeininteressen genügen ihr hingegen nicht (S. 178). Trotz des überzeugenden Ansatzes bei der Menschenwürde und dem Wesenskern der Grundrechte (S. 165 f.) ist das – mit Verlaub: auch insoweit hätte *Gierhake Kant* und dessen Anforderung an die Praktikabilität als Teil des Rechts (S. 79) beim Wort nehmen sollen – unrealistisch: Kein Terrorist wird im minimalen Zeitraum zwischen dem Beginn konkreter Bedrohung und Vollendung auf seine Verhaftung warten. Täte er es jedoch, so müßte zumeist die Konkretheit der Bedrohung verneint werden. Und was soll geschehen, wenn der Gefährder nach 2 Jahren Sicherungshaft immer noch ein solcher ist?

Das Verdienst *Gierhakes* liegt darin, die Grundlagen rechtstaatlich freiheitlichen Strafrechts überzeugend verdeutlicht zu haben (rechtsphilosophisch im 2. Teil, dialogisch im 3. – 5. Teil). Die Lektüre kann daher jedem (Bundestags-)Abgeordneten nur nachdrücklich anempfohlen werden. Insbesondere im Bereich des Wirtschaftsrechts werden sich schnell Bestim-

mungen finden, die sich nach den Maßstäben des klassisch-liberalen Strafrechts nicht rechtfertigen lassen. Auch die noch viel zahlreicheren Tatbestände des Ordnungswidrigkeitenrechts stehen angesichts des Aufwands zur Einhaltung der Grundnormen, Überwachung und Ahndung ihrer Verletzung ebenfalls nicht ohne weiteres als durchweg überzeugende, akzeptable und praktikable Alternative zur Verfügung (von *Gierhake* im Anschluß an *Kindhäuser* nicht problematisiert S. 278). Während zur Vorsorge gegen Terrorismus sicherlich deutlich mehr (nicht notwendig auf dem Gebiet des Strafrechts) getan werden muß als *Gierhake* (S. 458) befürwortet, schreit das überregulierte Wirtschaftsrecht einerseits (trotz der Ursachen der Banken- und Finanzkrise seit 2008) nach mehr Vertrauen, andererseits aber auch nach einer Steigerung der Effizienz der Verantwortungsstrukturen. Es wird die Aufgabe der Zukunft sein, die Bürokratisierung abzubauen, ohne damit (wiederum) den Skrupellosen freie Bahn zu verschaffen. Die Grundlagen für sachgerechte Strafnormen zur Ahndung wirtschaftskriminellen Handelns finden sich in erheblichem Maße auch in der Arbeit *Gierhakes*.