

Das Recht der inneren und äußeren Sicherheit

Band 18

Prävention und Repression im Sicherheitsrecht

Grenzen juristischer Begriffsbildung

Von

Marius Danne



Duncker & Humblot · Berlin

MARIUS DANNE

Prävention und Repression im Sicherheitsrecht

Das Recht der inneren und äußeren Sicherheit

Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Markus Thiel, Münster

Band 18

Prävention und Repression im Sicherheitsrecht

Grenzen juristischer Begriffsbildung

Von

Marius Danne



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaften der Justus-Liebig-Universität Gießen
hat diese Arbeit im Jahre 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISSN 2199-3475

ISBN 978-3-428-18694-5 (Print)

ISBN 978-3-428-58694-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Vorwort

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen hat die Arbeit im Jahr 2022 als Dissertation angenommen.

Danken möchte ich meinem Doktorvater und Erstgutachter, Herrn Professor Dr. Franz Reimer, an erster Stelle für das tiefe Verständnis, das er meinem Forschungsanliegen rund um die juristische Begriffsbildung entgegengebracht hat. Seine geduldigen Bestärkungen, seine zahlreichen konstruktiven Anregungen und seine stete verständnisvolle Gesprächsbereitschaft gingen weit über die bestehenden Pflichten im Rahmen einer Promotionbetreuung hinaus. Dafür und für die schönen Jahre an seinem Lehrstuhl bin ich ihm von Herzen dankbar.

Herrn Professor Dr. Bernhard Kretschmer danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens. Für die zügige und unkomplizierte Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Das Recht der inneren und äußeren Sicherheit“ danke ich Herrn Professor Dr. Dr. Markus Thiel und dem Verlag Duncker & Humblot.

Dank gebührt daneben der Justus-Liebig-Universität Gießen für eine großzügige finanzielle Förderung meiner Forschungsarbeit durch ihr Graduiertenstipendium.

Der unerschütterliche Rückhalt, die bedingungslose, großzügige und vielfältige Unterstützung sowie der unabirrbare und grenzenlose Optimismus meiner Eltern haben mir bei weitem nicht nur, aber eben auch die Erstellung dieser Arbeit überhaupt erst ermöglicht.

Hamburg, im Sommer 2022

Marius Danne

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
I. Problemstellung	13
II. Dynamik des materiellen Sicherheitsrechts	19
1. Konkretisierung des Sicherheitsrechtsbegriffs	19
2. Relevanz der Begriffe „Prävention“ und „Repression“	22
a) Inhaltliche Relevanz	23
b) Sprachliche Relevanz	24
c) Systematische Relevanz	25
d) Praktische Relevanz	26
III. Institutionelles Sicherheitsrecht	28
1. Konkretisierung der sicherheitsrechtlichen Sicherheitsarchitektur ..	28
2. Relevanz der Begriffe „Prävention“ und „Repression“	30
a) Entföderalisierung	31
b) Institutionelle Verschränkungen	33
c) Europäisierungstendenzen	35
IV. Kooperation und Koordination im Sicherheitsrecht	38
V. Forschungsstand und Erkenntnisinteresse	39
VI. Anschauungsgegenstand und Methode	42
VII. Gang der Untersuchung	43
A. Sprachliche Grundlagen	45
I. Etymologie	45
1. „Prävention“	46
a) Lateinischer Ursprung	46
b) Rezeption durch die französische Sprache	48
c) Deutscher Sprachgebrauch	50
aa) „Prävenieren“	50
bb) „Präventiv“	51
cc) „Prävention“	52
dd) Abgrenzung zu Synonymen	53
d) Zwischenfazit	56
2. Repression	57
a) Lateinischer Ursprung	57
b) Rezeption durch die französische Sprache	59
c) Deutscher Sprachgebrauch	61
aa) „Reprimieren“	61

bb) „Repression“.....	61
cc) „Repressiv“.....	64
d) Zwischenfazit.....	64
II. „Prävention“ und „Repression“ als dichotome Antonyme	64
1. Alltagssprache	65
a) Prä- und Re- als antonym angelegte Präfixe	65
b) Antonyme Verständnismöglichkeiten in der Alltagssprache	67
c) Performative politische Äußerung	70
d) Attributive Suggestivbegriffe	73
2. „Prävention“ und „Repression“ als fachsprachliche Begriffe	75
3. „Prävention“ und „Repression“ als juristische Fachbegriffe	76
a) Sterilisationsbedürfnis	76
b) „Prävention“ und „Repression“ als juristische Basisbegriffe	77
c) Phänomenologie	81
III. Zusammenfassung	84
B. Theoretische Grundlagen	86
I. Sprachtheoretische Maßstäbe	89
1. Differenzierung zwischen Begriff und Wort	89
2. Mögliche Anknüpfungspunkte für Kritik an Begriffen	91
3. Akzessorietät zwischen Alltagssprache und juristischer Fachsprache	92
a) Perspektive der juristischen Methodenlehre	92
b) Perspektive der juristischen Begriffsbildung	93
II. Maßstäbe für die juristische Begriffsbildung	96
1. Begriff vom Recht und Rechtsbegriff	96
2. Apriorische Rechtsbegriffe	98
3. Rechtsatzbegriffe	98
a) Terminologie	98
b) Legitimation	100
c) Rechtsatzbegriffe als Rechtsbegriffe	100
d) Maßstäbe für die Bildung von Rechtsatzbegriffen	101
aa) Rechtsstaatliche Vorgaben	101
bb) Sprachliche Maßstäbe für die Gesetzgebung	105
4. Rechtsprechungsbegriffe	109
a) Terminologie	109
b) Legitimation	110
c) Maßstäbe für die Bildung von Rechtsprechungsbegriffen	113
5. Begriffe der Rechtswissenschaft	114
a) Terminologie	114
b) Funktionen der Rechtswissenschaft	115
c) Maßstäbe für die rechtswissenschaftliche Begriffsbildung	117
aa) Voraussetzungslose und rechtsfolgenfreie Begriffe	122
bb) Falsifikation der Basissätze	125

6. Begriffe der Rechtsdogmatik	128
a) Terminologie	128
b) Geltung	129
c) Verwerfung der Kategorie für die juristische Begriffsbildung ..	130
III. Methodische Folgerungen	132
IV. Zusammenfassung	135
C. Historische Dimension von „Prävention“ und „Repression“	136
I. Entwicklung des Polizeirechts	137
1. Entwicklung eines „präventiven“ Gefahrenabwehrrechts	137
2. Einführung der Staatsanwaltschaft und der Strafprozessordnung ..	142
3. Allgemeines Ordnungsrecht und Strafverfahrensrecht	144
4. Zwischenergebnis	150
II. Bedeutung der Begriffe bei der Entwicklung der Strafzwecktheorien ..	151
1. Absolute Strafzwecktheorien	152
2. Relative Straftheorien	154
a) Generalprävention als Modifikation der Vergeltungstheorie? ..	154
b) Spezialprävention	155
3. Zwischenergebnis	156
III. Perspektivwechsel durch die Kriminologie	157
IV. Zusammenfassung	159
D. „Prävention“ und „Repression“ im geltenden Sicherheitsrecht	163
I. Sicherheitsverfassungsrecht	165
1. Kompetenzordnung	165
a) Dichotome Grundkonzeption des Grundgesetzes	166
b) „Strafrecht“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 GG	169
c) „Das gerichtliche Verfahren“ im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 GG	172
aa) Disparate Kriterien zur Bestimmung der Gesetzgebungszuständigkeit	174
bb) Kriterien zur Ermittlung des Sachbereichs anhand des Gesetzeszwecks	175
cc) Besonderheiten kompetenzieller Gesetzgebungskonkurrenz ..	177
dd) Temporale Irrelevanz bei der Zuordnung der Strafverfolgungsvorsorge	181
ee) Kompetenzwidrigkeiten im Bereich der Strafverfolgungsvorsorge	186
ff) Begriffs(um)bildung durch das Bundesverfassungsgericht ..	188
d) Zwischenergebnis	191
2. Materielles Verfassungsrecht	192
a) Grundrechte	192
b) Bindungen des Rechtsetzers aus dem Bestimmtheitsgebot ..	198
c) Inhaltliche Trennungsgebote	203

aa)	Trennungsgebote zwischen Verfassungsschutz und operativer Polizeiarbeit	204
bb)	Trennungsgebote zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung	206
cc)	Verfassungsrechtliche Dimensionen einer Zweckbindung ..	206
	(1) Zweckbindung	207
	(2) Zweckänderung	209
d)	Institutionelle Kooperationsgebote	213
e)	Zwischenergebnis	216
3.	Zusammenfassung	216
II.	Materielles operatives Sicherheitsrecht	219
1.	„Doppelfunktionales“ Eingriffsrecht	220
a)	Doppelfunktionalität strafprozessualer Eingriffsgrundlagen	220
aa)	Maßstäbe	220
bb)	Beispiel: Erkennungsdienst	221
cc)	Beispiel: Haftgrund der Wiederholungsgefahr	222
b)	Doppelfunktionale Maßnahmen	222
c)	Verfassungsrechtliche oder methodische Grundlagen	223
d)	Differenzierungspotential	226
aa)	Abstrakt doppelfunktionale Maßnahmen	226
bb)	Maßnahmenbündel	226
e)	Rechtmäßigkeitsmaßstäbe für doppelfunktionale Maßnahmen ..	227
aa)	Überblick über materielle Bedenken und ihre Verortung ..	229
	(1) Schwerpunkttheorie	230
	(2) Vorranglösungen	231
	(3) Kumulation der Eingriffsvoraussetzungen	232
	(4) Striktes Entscheidungsmodell	232
	(5) Kooperationsverhältnis	232
bb)	Perspektiven eines multidimensionalen Sicherheitsrechtsverständnisses	233
cc)	Beispiele	236
	(1) Öffentlichkeitsfahndung	236
	(2) „Legidierte Verkehrskontrolle“	237
f)	Zwischenergebnis	240
2.	Strukturelle Differenzierung zwischen Opportunität und Legalität ..	241
3.	Zusammenfassung	243
III.	Rechtsschutz im Sicherheitsrecht	244
1.	Einfachrechtliche Maßstäbe	245
2.	Differenzierungspotentiale	246
3.	Kriterien zur Abgrenzung	247
4.	Doppelte Rechtswegmöglichkeit bei doppelfunktionalen Maßnahmen	249
5.	Reflexe institutioneller Trennung	250

6. Zwischenergebnis	251
IV. Zusammenfassung	251
E. „Prävention“ und „Repression“ – Kritik an einem Begriffspaar	255
I. Semantische Irritationen	255
1. Interferenz zwischen Alltagssprache und den juristischen Basisbegriffen	257
2. Interferenz zwischen Alltagssprache und sicherheitsrechtlicher Dichotomie	257
3. Interferenz zwischen den juristischen Basisbegriffen und der sicherheitsrechtlichen Dichotomie	258
4. „Prävention“ und „Repression“ als Grenze juristischer Begriffsbildungsmöglichkeiten	259
II. Inhaltliche Illusionen	261
1. Irrelevanz einer zeitlichen Komponente	261
2. Überschneidende Teilausschnitte eines Sicherheitsrechts	262
3. Teleologische Multidimensionalität	264
4. Grundrechtliche Parallelität	265
5. Gesetzgeberisches Kooperationsparadigma	265
III. Systematische Konfusionen	266
1. Kein dichotomes Konzept zwischen „Prävention“ und „Repression“	266
2. Heuristischer Unwert eines dogmatischen Leitbildes und Argumentationsmusters	267
3. Dysfunktionales dogmatisches Leitbild und Lehrkonzept	270
a) Verschleierndes Bild	270
b) Untaugliches Schema in der juristischen Ausbildung	271
4. (Re-)Produktion einer illusionären Systematik/Systemillusion	273
5. Trivialisierung des Föderalismus	275
6. Perspektivwechsel durch das Sicherheitsrecht	276
F. Empfehlungen an das Sicherheitsrecht	279
Literaturverzeichnis	284
Stichwortverzeichnis	316

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Sicherheitsarchitektur	30
Abbildung 2: Stoßrichtung Alltagssprache	68
Abbildung 3: Antonyme zu Repression	69
Abbildung 4: Gegenseitige Teilmengen	70
Abbildung 5: Überblick über die Verwendungsmöglichkeiten	71
Abbildung 6: Historische Überschneidung von „Prävention“ und „Repression“	162
Abbildung 7: Strafverfolgungsvorsorge als „präventive“ Repression	185
Abbildung 8: „Prävention“ und „Repression“ als Bifurkation	263

Einleitung

I. Problemstellung

„Prävention“ und „Repression“ – zwei Begriffe mit ungebrochener Hochkonjunktur. Nicht nur das tradierte Polizei- und Ordnungsrecht sowie das Straf- und Strafverfahrensrecht, sondern auch das sich formierende Sicherheitsrecht verwenden sie mit weitreichenden Konsequenzen. Bei der Begegnung mit neuen Verbrechensmustern spielen sie eine zentrale Rolle. Es sind schillernde Begriffe, ihr Gebrauch ist oft unscharf und vieldeutig: Schließen sich die Begriffe gegenseitig aus oder ist ein Begriff in dem anderen enthalten oder der eine Teilmenge des anderen oder sind sie zwei Seiten einer Medaille? Steht das Begriffspaar in einer derartigen wechselseitigen Bedeutungsbeziehung, so dass die Bedeutung des einen Begriffs die Kenntnis der Bedeutung des anderen Begriffs erfordert? Dann verböte sich, erst den einen und dann den anderen Begriff zu definieren; Zirkeldefinitionen wären unausweichlich. Man könnte dann die Bedeutung für beide Begriffe nur gleichzeitig oder eben gar nicht erkennen. Die Bedeutung des Begriffspaares „Prävention“ und „Repression“ könnte die kontradiktitorische oder konträre Negation sein. Die Bedeutungsbeziehung könnte aber auch in einer Ganzheitsbeziehung liegen, so dass weniger die Unterschiede interessieren als die Definition des Bereichs, der von beiden Begriffen gemeinsam erfasst ist. Für die Bedeutungsannäherung kommt hinzu, dass die Bedeutung von Begriffen stets zeitlichen Veränderungen unterworfen ist.

Das Polizei- und Ordnungsrecht der Bundesrepublik unterliegt einem stetigen Wandel und hat in der Vergangenheit seine Paradigmen bei epochalen Veränderungen immer wieder verändert müssen.¹ Nicht nur der Realbe-

¹ Etwa die Entpolizeilichung, Rekommunalisierung und Dezentralisierung unter der Besatzungsherrschaft, die Reorganisierung und Verstaatlichung nach dem Vorbild der Weimarer Republik unter den Eindrücken des kalten Kriegs bis in die 60er Jahre oder die Aufgabenzentralisierung und Aufrüstung der Sicherheitsbehörden auf Bundesebene unter dem Eindruck des Terrors der RAF bis in die 90er Jahre, die sich mit den Anschlägen vom 11.09.2001 intensivierte; die Geschichte des Sicherheitsrechts in der Nachkriegszeit nachzeichnend *Stolleis/Kremer*, Die Geschichte der Polizei, in: Lisken/Denninger (Begr.), Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, Kap. A Rn. 67 ff.; zu den einzelnen Phasen ausführlich *Kötter*, Pfade des Sicherheitsrechts, 2008, S. 25 ff.; zum spiegelbildlichen Paradigmenwechsel des Strafrechts zum Sicherheitsrecht *Sieber*, Der Paradigmenwechsel vom Strafrecht zum Sicherheitsrecht: Zur

reich – vor allem die zu bewältigende Kriminalität – ändert sein Antlitz, auch der Rechtsrahmen des Polizeirechts ist ständigen Anpassungen ausgesetzt. Die Polizei sieht sich als operative Sicherheitsbehörde einer besonders kritischen Evaluierung und Fortentwicklung ihrer rechtlichen Vorgaben durch das komplexe Zusammenspiel von Gesellschaft mit Politik, Gesetzgebern, Verwaltung und Gerichten ausgesetzt.

In Zeiten gesellschaftlicher Unsicherheitsgefühle und politischer (Un-)Sicherheitsnarrative stehen nicht nur technische Detailänderungen, sondern die Neuordnung der gesamten Sicherheitsarchitektur zur Debatte. Nicht selten werden einem „anachronistischen Rechtsrahmen“ die „modernen Sicherheitsherausforderungen“ semantisch gegenübergestellt. Die Gesetzgeber unterschiedlicher Ebenen können dabei mit ihren jeweiligen Kodifikationen, die in der Summe alle Sicherheitsbereiche erfassen können, nachsteuern. Gerade in Phasen einer tatsächlichen oder vermeintlichen Gefährdungslage für die öffentliche Sicherheit ist die Sicherheitsgesetzgebung besonders kritischen Bewertungen durch die Öffentlichkeit ausgesetzt.² Die rhetorische Spannbreite der öffentlichen Bewertung der staatlichen Reaktionen ist groß: Sie reicht von der Beobachtung populistischer Gesetzgebungswut eines Überwachungsstaats³ bis hin zu der Forderung nach gesetzgeberischen Anpassungen wegen bisherigen sicherheitsrechtlichen Politikversagens.⁴

Die Aufrechterhaltung und Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist eine von vielen Aufgaben der Polizeibehörden. Sie sind als operative Sicherheitsbehörden aber nicht nur für die Abwehr und Beseitigung von Gefahren zuständig, sondern ermitteln vor allem auch innerhalb von Strafverfahren und sorgen für etwaige zukünftige Strafverfahren oder für etwaige zukünftige Gefahren vor. Die rechtlichen Vorgaben des polizei-

neuen Sicherheitsarchitektur der globalen Risikogesellschaft, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2016, S. 351 ff.; zu einem derzeit „schleichenden Paradigmenwechsel“ im Polizeirecht zuletzt *Shirvani*, DVBl. 2018, S. 1393 (1393).

² Vor allem nach medienwirksamen „Unglücken“, vgl. die Forderungen des Deutschen Richterbundes nach dem Anschlag am Berliner Breitscheidplatz bei *Dieter Wonka*, Richterbund erwartet Reformen der Sicherheitsarchitektur, Hannoversche Zeitung Online, 01.03.2018, abrufbar unter: <https://www.haz.de/Nachrichten/Politik/Deutschland-Welt/Richterbund-erwartet-Reformen-der-Sicherheits-architektur> (zuletzt abgerufen am 07.06.2019).

³ Im Zusammenhang mit der Einführung des Rechtsatzbegriffs einer „drohenden Gefahr“ als Voraussetzung für das polizeiliche Einschreiten in Bayern sprach etwa die SPD von einem Überwachungsstaat, vgl. nur *Reiner Burger*, Balanceakt zwischen Sicherheit und Freiheit, FAZ vom 22.06.2018, S. 10.

⁴ Wobei der Begriff durchaus auch in rechtswissenschaftlicher Literatur rezipiert wurde, vgl. im Zusammenhang mit Migration und Zuwanderung *Papier*, NJW 2016, S. 2391 (2393).

lichen Handelns stehen in besonderem Maße unter positivrechtlichen Anpassungsbestrebungen und Anpassungen, die sich innerhalb eines sicherheitsrechtlichen Diskurses ergeben können. Die Rechtsnormen und das sich aus ihnen ergebende Recht, das die Polizeibehörden betrifft, lassen sich als Polizeirecht zusammenfassen.⁵ Im tradierten Polizeirecht kulminieren Rechtsnormen unterschiedlicher Rechtsetzer, die darüber hinaus unterschiedliche Zwecke verfolgen: Das Polizeirecht in diesem Sinne hat nicht nur die allgemeinen Polizei- und Ordnungsgesetze der Länder zum Gegenstand, sondern umfasst darüber hinaus auch besondere polizeirechtliche Normen des Bundes und der Länder.⁶ Ein Beispiel sind die strafverfolgenden Generalklauseln aus den §§ 161 Abs. 1, 163 StPO⁷. Sie bestimmen die Polizeibehörden als „verlängerte[n] Arm der Staatsanwaltschaften“ im Rahmen strafverfahrensrechtlicher Ermittlungen.⁸ Dieser strafverfolgenden Tätigkeit kommt eine derartig wichtige praktische Relevanz im polizeirechtlichen Koordinatensystem zu, dass die Strafverfolgung nach weit verbreiteter Meinung in der Literatur eine von „zwei Säulen“⁹ ausmacht, auf die sich das Polizeirecht insgesamt stütze.¹⁰ Um in diesem Normengeflecht von landesrechtlichen Gefah-

⁵ Zu diesem formellen Polizeibegriff und den weiteren Polizeibegriffen vgl. im Überblick *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2021, Rn. 1ff.

⁶ Insbesondere das Informationsverwaltungsrecht, Datenschutzrecht, Zollrecht, besonderes Ordnungsrecht. Freilich finden viele Regelungen nur durch die Generalklauseln des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts Anwendung.

⁷ Strafprozeßordnung (StPO), in der Fassung der Bekanntmachung vom 07.04.1987 (BGBl. I S. 1074, ber. S. 1319), zuletzt geändert durch Art. 2 G über die Feststellung des Wirtschaftsplans des ERP-Sondervermögens für das Jahr 2022, zur elektronischen Erhebung der Bankenabgabe und zur Änderung der StPO vom 25.03.2022 (BGBl. I S. 571).

⁸ Vgl. die missglückte – anthropologisch schwer vorstellbare – Metapher des BVerwG: „Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes und insbesondere die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft sind der Staatsanwaltschaft, die treffend als ‚Kopf ohne Hände‘ bezeichnet wurde, zur Unterstützung der Strafverfolgung zur Verfügung gestellt. Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes sind als ‚verlängerter Arm der Staatsanwaltschaft‘ nicht nur bei Ausführung einer Weisung dieser Behörde tätig, sondern auch dann, wenn sie nach § 163 Abs. 1 StPO von sich aus handeln, weil sie ‚bei der alltäglichen Kriminalität ... mit der stillschweigenden Ermächtigung zur selbständigen Durchführung der Ermittlungen ohne Benachrichtigung der Staatsanwaltschaft rechnen dürfen‘.“, BVerwGE 47, 255 (263).

⁹ Zu dieser Metapher m. w. N. *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht, 2016, S. 12.

¹⁰ Zur aus historischen und rechtsstaatlichen Gründen zwingenden kategorialen Zweiteilung exemplarisch *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, S. 93 ff.; *Denninger*, Polizeiaufgaben, in: *Lisken/Denninger* (Begr.), Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, Kap. D Rn. 1 ff. sowie *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 157.