

# Präventivhaft für terrorismusverdächtige „Gefährder“: eine Option für Deutschland?\*

Von Prof. Dr. Susanne C. Walther, LL.M., Köln

*Eternal Vigilance Is The Price of Liberty (Thomas Jefferson)*<sup>1</sup>

## I. Einführung

Die Angst vor islamistischen terroristischen Anschlägen auch in Deutschland hat Rechtentwicklungen in Gang gesetzt, die möglicherweise zu grundlegenden Veränderungen im System des Rechts- und Verfassungsstaates führen. So wird beispielsweise in Erwägung gezogen, Instrumentarien in einem neuen Rechtsgebiet („zwischen Friedensrecht und Kriegsrecht“) zu schaffen<sup>2</sup>, offenbar mit dem Ziel, für den Rechtsschutz gegen Eingriffsmaßnahmen abgesenkte Sonderregeln zu entwickeln. In diesem Kontext wird auch erwogen, eventuell eine spezielle „Vorbeuge- oder Sicherungshaft“ gegenüber Terrorismusverdächtigen einzuführen<sup>3</sup>. Auch im Ausland gab es Bestrebungen, eine solche Präventivhaft einzuführen; neben England<sup>4</sup> sind vor allem die USA zu nennen.

Ich will im Folgenden zunächst etwas näher auf die Situation in den USA eingehen (II.). Anschließend zeige ich auf, inwieweit bereits das geltende deutsche Recht es erlaubt, Personen in „Präventivhaft“ zu nehmen (III.). Schließlich wird die Frage gestellt, wie die vorhandenen Gesetze, die Präventivhaft ermöglichen, im Licht von Art. 5 EMRK er-

---

\* Der Beitrag entstand teilweise während eines Forschungsaufenthaltes an der Boston College Law School in Newton, Massachusetts, USA. Für die großzügige finanzielle Förderung danke ich der Fritz-Thyssen-Stiftung, Köln. Meinen Mitarbeitern *Sebastian Wollschläger* und *Sebastian Kießling* danke ich für tatkräftige Unterstützung bei Recherchen.

<sup>1</sup> Verfasser der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung von 1776; dritter Präsident der Vereinigten Staaten (1801-1809).

<sup>2</sup> Dazu *Der Spiegel* Nr. 28/2007, S. 18 („Dritte Spur“).

<sup>3</sup> Dazu Bundesinnenminister Dr. *Wolfgang Schäuble* im Sommer 2007, veröffentlicht in: *Der Spiegel* Nr. 28/2007, S. 31. Die Idee ist freilich nicht neu, vgl. das Interview mit dem damaligen Bundesinnenminister *Otto Schily* in: *Süddeutsche Zeitung* v. 3.8.2005, sowie den Gastkommentar von *Venohr* in: *AnwBl.* 2004, 347.

<sup>4</sup> Nach dem 11. September 2001 verabschiedete das britische Unterhaus ein Anti-Terror-Gesetz, das vorsah, ausländische Terrorismusverdächtige unter Aussetzung von Art. 5 Abs. 1 f) der Europäischen Menschenrechtskonvention auf unbestimmte Zeit und ohne strafrechtliche Beschuldigung zu inhaftieren, sofern sie nicht bereit sein sollten, Großbritannien freiwillig zu verlassen. Im Dezember 2004 verwarf das House of Lords die Maßnahme als konventionswidrig, *House of Lords, A (FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Dept.*, 16. Dez. 2004, (2004) UKHL 56. Anfang November 2005 scheiterte der Versuch der britischen Regierung, ein Anti-Terror-Gesetz zu verabschieden, das es erlaubt hätte, Terrorverdächtige bis zu 90 Tagen ohne Anklage in Polizeigewahrsam zu nehmen, bei einer Abstimmung im Unterhaus, *FAZ* v. 10.11.2005, S. 1.

scheinen (IV.) und ob es mit der EMRK vereinbar wäre, künftig ein neues, an den Begriff des „Gefährders“ anknüpfendes Konzept von Präventivhaft zu entwickeln (V.).

## II. „Preventive detention“ nach dem 11. September: Beispiel USA

Nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 machte das amerikanische Justizministerium in großzügiger Weise von dem Instrument der „Präventivhaft“ (preventive detention) Gebrauch. Die Kampagne wurde mit der Notwendigkeit begründet, weitere Terrorakte zu verhindern,<sup>5</sup> und zielte auf Ausländer arabischer Herkunft, die verdächtigt wurden, in irgendeiner Weise mit „terroristischer Aktivität“ in Verbindung zu stehen, insbesondere, einer terroristischen Organisation vorsätzlich oder fahrlässig „erhebliche Unterstützung“ zu gewähren.<sup>6</sup> Strafprozessuale Befugnisse spielten nur eine untergeordnete Rolle<sup>7</sup>; vielmehr bediente man sich neben der im Bundesstrafrecht verankerten Befugnis, „wichtige Zeugen“ in Gewahrsam zu nehmen<sup>8</sup>, hauptsächlich des Verwaltungsrechts. Zu den wichtigsten Instrumenten im Kampf gegen Kriminalität allgemein, speziell aber im Kampf gegen den Terrorismus, gehören in den USA seit langem die Einwanderungsgesetze.<sup>9</sup> Die Abschiebung (deportation) ist heute eine quasi automatische Konsequenz einer strafrechtlichen Verurteilung.<sup>10</sup> Doch braucht es zu einem Strafverfahren gar nicht zu kommen. Denn es steht im kaum kontrollierbaren Ermessen des Justizministeriums, Ausländer, die verdächtig sind, sich einer Verletzung von Einwanderungsbestimmungen schuldig gemacht und daher ihr Aufenthaltsrecht verwirkt zu haben, bis zur Entscheidung über eine Abschiebung

---

<sup>5</sup> Instrukтив *Cole*, 38 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 1 (2003); *Lobel*, 25 T. Jefferson L. Rev. 389 (2003), 391.

<sup>6</sup> 8 U.S.C. § 1182 (a) (3) (B) (iv) (VI); 18 U.S.C. § 2339B.

<sup>7</sup> Die Möglichkeit, Untersuchungshaft anzuordnen, unterliegt im amerikanischen Recht traditionell engen verfassungsrechtlichen Kautelen; dazu *LaFave/Israel/King*, *Criminal Procedure*, 2. Aufl. 1999, § 12.3.

<sup>8</sup> 18 U.S.C. § 3144. Die Regierungsorgane stellten sich dabei auf den Standpunkt, dass die Einberufung einer Anklagejury (grand jury) die Voraussetzung eines laufenden Strafverfahrens bereits erfüllt. Bestätigend *United States v. Awadallah*, 349 F.3d 42 (2nd Cir. 2003); kritisch *Abrams*, *Anti-Terrorism and Criminal Enforcement*, 2. Aufl. 2005, S. 74 f., 85 ff.; *Lobel*, 25 T. Jefferson L. Rev. 389 (2003), 394.

<sup>9</sup> In den verwaltungsrechtlichen Abschiebungsverfahren gelten nur rudimentäre rechtsstaatliche Grundsätze, nicht die strenger Grundrechtsgewährleistungen, die im Strafverfahren zu beachten sind. Sehr kritisch dazu *Kanstrom*, 113 Harvard L. Rev. 1890 (2000); *ders.*, 29 N. Carolina J. Int'l L. and Commercial Reg. 639 (2004), 650.

<sup>10</sup> Dazu *Kanstrom*, 113 Harvard L. Rev. 1890 (2000).

in Vorbereitungshaft zu nehmen.<sup>11</sup> Während in solchen Fällen während des Rechtsschutzverfahrens normalerweise eine Freilassung auf Kautionsmöglichkeit ist, wurde diese Regel nach den Anschlägen vom 11. September durch Exekutivverordnung außer Kraft gesetzt.<sup>12</sup> Da die Bestimmungen der Einwanderungsgesetze äußerst flexibel sind und praktisch jederzeit ein Grund gefunden werden kann, der für die Einleitung eines Deportationsverfahrens ausreicht,<sup>13</sup> war dieses Instrument die erste Wahl, um Ausländer, die für die Regierung „von Interesse“ waren, in Gewahrsam zu nehmen.<sup>14</sup>

Im Vergleich zu diesen ausländerrechtlichen Instrumentarien nimmt sich die mit dem USA PATRIOT Act vom 26. Oktober 2001<sup>15</sup> neu eingeführte Spezialbestimmung mit dem Titel „Obligatorische Freiheitsentziehung von Terrorismusverdächtigen“ fast als rechtsstaatlich aus. Die Bestimmung sieht vor, dass Ausländer, die vom Justizministerium als „Terrorismusverdächtige“ oder sonst als Gefahr für die nationale Sicherheit eingestuft werden, bis zur Klärung ihres Aufenthaltsstatus in Haft zu nehmen sind.<sup>16</sup> Der Begriff des „Terrorismusverdächtigen“ ist weit gefasst. Neben einer bereits begangenen Terroristat einschließlich der Beteiligung, der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung oder der Teilnahme an einem Trainingslager einer Terrororganisation genügen „vernünftige Gründe für die Annahme“, dass sich der Betroffene „wahrscheinlich“ an „terroristischen Aktivitäten“ beteiligen wird.<sup>17</sup> Innerhalb von sieben Tagen muss entweder ein Abschiebeverfahren eingeleitet oder es muss dem Betroffenen gegenüber ein förmlicher Anklagevorwurf gemacht und bei Gericht eingereicht werden (charge), andernfalls ist er freizulassen.<sup>18</sup> Wird eine Anklage eingereicht, so kann die Freiheitsentziehung aufrecht erhalten werden. Wird die Abschiebung angeordnet, so ist im Vollzugsverfahren eine (weitere) Freiheitsentziehung von bis zu

90 Tagen möglich<sup>19</sup>; doch kann diese Abschiebehaft bei Personen, die als gefährlich eingestuft werden, mehrfach um jeweils sechs Monate verlängert werden.<sup>20</sup> Selbst wenn Abschiebungshinderungsgründe vorliegen bzw. gerichtlich festgestellt worden sind kommt eine Freilassung nur in Betracht, nachdem das Justizministerium die Gefährlichkeitseinstufung aufgehoben hat.<sup>21</sup> In jedem Fall muss eine Freiheitsentziehung auf Grund dieses Gesetzes alle sechs Monate vom Justizministerium überprüft werden; die Freilassung kann mit Bedingungen versehen werden, die im Ermessen des Ministeriums liegen.<sup>22</sup> Im Übrigen ist jederzeit gerichtlicher Rechtsschutz (nur) im Wege der Grundrechtsbeschwerde zu den Bundesgerichten möglich (Habeas-Corpus-Verfahren).<sup>23</sup> Für Revisionsverfahren gegen Entscheidungen eines Bundesdistriktsgerichts ist allein das Bundesappellationsgericht für den District of Columbia zuständig.<sup>24</sup> Indessen: Wiewohl man diese Schutzvorkehrungen aus der Perspektive des Betroffenen bloß als äußerstes Minimum ansehen mag – sie kamen in der Praxis gar nicht zum Zuge, denn das Justizministerium schien die Sondernorm des USA PATRIOT Act für ihre Inhaftierungs-Kampagne gar nicht zu benötigen.<sup>25</sup> Bis Anfang Januar 2004 wurden mehr als 5000 ausländische Staatsangehörige auf der Grundlage der alten, „allgemeinen“ Gesetze – hauptsächlich der Einwanderungsgesetze – inhaftiert.<sup>26</sup> Viele konnten dabei weder Angehörige noch Anwälte von ihrer Inhaftierung in Kenntnis setzen.<sup>27</sup> Doch wurde in dieser Zeit nur eine verschwindende Minderheit von Personen wegen Terrorismusdelikten strafrechtlich verfolgt.<sup>28</sup> Schließlich wurde auch rege Gebrauch gemacht von der im amerikanischen Recht bestehenden Möglichkeit, Personen

<sup>11</sup> *Cole*, 113 Yale L.J. 1753 (2004), 1777. Deportationsverfahren gegen Einreisende können sogar geheim geführt werden. Das Justizministerium kann die umgehende Abschiebung eines einreisenden Ausländers anordnen, ohne dass es einer Anhörung des Betroffenen bedarf, sofern es aufgrund „vertraulicher Information“ davon überzeugt ist, dass die betreffende Person eine Gefahr für die nationale Sicherheit darstellt und die Bekanntgabe der relevanten Unterlagen die öffentliche Sicherheit gefährden würde; *Note*, 118 Harv. L. Rev. 1962 (2005).

<sup>12</sup> *Cole*, 113 Yale L.J. 1753 (2004), 1777; *Lobel*, 25 T. Jefferson L. Rev. 389 (2003), 393.

<sup>13</sup> Siehe *Kanstrom*, 29 N. Carolina J. Int'l L. and Commercial Reg. 639 (2004), 642: „Almost any non-citizen can be deported at almost anytime if an immigration agent wants to look closely enough at his or her case.“

<sup>14</sup> *Cole*, 113 Yale L.J. 1753 (2004), 1777.

<sup>15</sup> Das Akronym steht für: Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT), Act of 2001, P.L. 107-56, 115 Stat. 272 (2001).

<sup>16</sup> 8 U.S.C. § 1226a, abgedruckt bei *Abrams* (Fn. 8), S. 96 f.

<sup>17</sup> 8 U.S.C. § 1226a (a) (3) (B).

<sup>18</sup> 8 U.S.C. § 1226a (a) (5).

<sup>19</sup> 8 U.S.C. § 1231(a) (1) (A).

<sup>20</sup> 8 U.S.C. § 1226a (a) (6). Ob im Falle des Terrorismusverdachts sogar eine unbegrenzte Inhaftierung in Betracht käme, ist auf Grundlage der Entscheidung des U.S. Supreme Court in *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001), kontrovers. Generell gilt jedenfalls der Grundsatz, dass nach Ablauf von 6 Monaten die Begründungslast steigt und die Inhaftierung aufzuheben ist, wenn die Abschiebung nicht in naher Zukunft zu erwarten ist.

<sup>21</sup> 8 U.S.C. § 1226a (a) (2); *Cole*, 113 Yale L.J. 1753 (2004), 1776.

<sup>22</sup> 8 U.S.C. § 1226a (a) (7).

<sup>23</sup> Gemäß 8 U.S.C. § 1226a (b) (2) (A) kann sie auch direkt beim Obersten Gerichtshof eingelegt werden (der die Sache an sich ziehen oder an das zuständige Bezirksgericht verweisen kann, 28 U.S.C. § 2241 [b]).

<sup>24</sup> 8 U.S.C. § 1226a (b).

<sup>25</sup> So *Cole*, 113 Yale L.J. 1753 (2004), 1777.

<sup>26</sup> *Cole*, 113 Yale L.J. 1753 (2004), 1777; zu konkreten Fallbeispielen siehe *Kanstrom*, 29 N. Carolina J. Int'l L. and Commercial Reg. 639 (2004), 642; vgl. auch *Note*, 82 N.Y.U. L. Rev. (2007), 602, 623 ff.

<sup>27</sup> *Kanstrom*, 29 N. Carolina J. Int'l L. and Commercial Reg. 639 (2004), 642.

<sup>28</sup> Nach *Cole*, 113 Yale L.J. 1753 (2004), wurden drei Personen angeklagt, von denen nur eine wegen eines Terrorismusdelikts verurteilt wurde.

mit der Behauptung, sie könnten im Besitz wichtiger Informationen sein, als „wichtige Zeugen“ (material witnesses) aufgrund von Fluchtgefahr richterlich in Haft nehmen zu lassen.<sup>29</sup>

Neben dieser Kampagne, die sich gegen vermeintlich gefährliche Ausländer im Inland richtete, nimmt der Präsident der Vereinigten Staaten in seiner Eigenschaft als Oberster Befehlshaber der Streitkräfte die Befugnis in Anspruch, Personen, die im „Krieg gegen den Terrorismus“ als „feindliche Kämpfer“ identifiziert worden sind, in Militärhaft nehmen zu lassen, gleichgültig welche Staatsangehörigkeit sie besitzen.<sup>30</sup> Dass auch für diese Personengruppe das Prinzip möglichst langfristiger Inhaftierung unter Verfolgung vorgeblich präventiver Zwecke gilt und nicht etwa der raschen Betreibung von Strafverfolgung, verdeutlicht eine Lektüre der Entscheidung des Appellationsgerichts für den 4. Bundesbezirk – das als das konservativste der Bundesgerichte gilt – vom September 2005 im Fall *Padilla v. Hanft*. Demnach sind es drei Hauptziele, die für die Exekutive im Vordergrund stehen und für deren Erreichung das Strafrecht als wenig geeignet angesehen wird: Erstens geht es darum, die Rückkehr von „feindlichen Kämpfern“ „auf das Schlachtfeld“ zu verhindern (und das Schlachtfeld, so darf angemerkt werden, ist im Kampf um den internationalen Terrorismus zeitlich und örtlich unbegrenzt); zweitens, für den weiteren Kampf gegen den Terrorismus interessantes Informationsmaterial von dem Inhaftierten zu erlangen; und drittens, jegliche Kommunikation mit Gleichgesinnten zu unterbinden.<sup>31</sup> Die Strategie dieser so genannten Präventivhaftierung, die zunächst auf ausländische Feinde gemünzt war, greift unterdessen auch auf die eigenen Staatsangehörigen über. Eine Richtermehrheit im U.S. Supreme Court öffnete die Tür dafür Mitte 2004: die Klassifizierung als „feindlicher Kämpfer“ sei auch für einen US-Bürger zulässig. Jedenfalls wenn er auf feindlichem Territorium im Ausland im Kontext kriegerischer Auseinandersetzung, konkret in Afghanistan, aufgegriffen wurde, darf er – auf unbestimmte Zeit – in Haft genommen werden.<sup>32</sup> Als Rechtsgrundlage wird zum einen auf Kriegsgewohnheitsrecht verwiesen, und, da die Freiheitsentziehung eigener Staatsangehöriger nach Bundesgesetz unter dem Vorbehalt eines speziellen Gesetzes steht<sup>33</sup>, auf ein Gesetz des US-Kongress zur Autorisierung von Militärgewalt vom 18. September 2001<sup>34</sup>, das den Präsidenten ermächtigt, jeden „notwendigen

und angemessenen Zwang“ gegen Nationen, Organisationen oder Personen auszuüben, die der Beteiligung an den Anschlägen vom 11. September verdächtig sind, um künftige terroristische Anschläge zu verhindern. Die weitere Inhaftierung unterliegt nach der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court nur rudimentären Verfahrensgarantien, um den rechtsstaatlichen Anforderungen der amerikanischen Verfassung an Freiheitsentziehungen zu entsprechen. Der Betroffene hat das Recht, über die tatsächlichen Grundlagen seiner Einordnung als „feindlicher Kämpfer“ informiert zu werden, und er muss eine „angemessene Gelegenheit“ erhalten, um vor einem neutralen Entscheidungsorgan die Behauptungen der Exekutive zu widerlegen.<sup>35</sup> Ein solches Verfahren darf so konzipiert sein, dass dem Interesse der Exekutive, in einer Zeit andauernden militärischen Konflikts nicht überfordert zu werden, Rechnung getragen wird. So wäre es zulässig, dass der Staat seine Behauptungen mittels Beweis vom Hörensagen belegt, und die Verfassung ließe auch eine Beweislastumkehr zugunsten des Staates zu, sobald der Staat „glaubhafte Beweise“ dafür vorgelegt hat, dass es sich bei dem Betroffenen um einen „feindlichen Kämpfer“ handelt.<sup>36</sup> Noch nicht abschließend geklärt ist, welche Anforderungen im Einzelnen unter dem Aspekt des Rechts auf Verteidigung zu stellen sind.<sup>37</sup> Geklärt erscheint hingegen jetzt, dass der amerikanische Staat auch eigene Bürger, die *im Inland* angetroffen werden, zu „feindlichen Kämpfern“ erklären und in Präventivhaft nehmen darf.<sup>38</sup> Dabei ist die Frage, *ob* Terrorismusverdächtige in Präventivhaft genommen werden dürfen, eigentlich längst in den Hintergrund getreten. Das wahre Schlachtfeld dreht sich um fundamentale Fragen der Rechts- und Verfassungskultur, vor allem, welche Verfahrensrechte, Rechtsmittel und Rechtswege (nur Militärgerichte oder auch ordentliche Gerichte, bis hin zum Obersten Gericht?) dem als *enemy combatant* Beschuldigten zur Verfügung stehen sollen.<sup>39</sup>

2001): „The President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons.“

<sup>35</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), 159 L. Ed. 2d 578, 601.

<sup>36</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), 159 L. Ed. 2d 578, 601.

<sup>37</sup> Vom Supreme Court offen gelassen in *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), 159 L. Ed. 2d 578, 601.

<sup>38</sup> Vom Supreme Court offen gelassen in *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426, 159 L. Ed. 2d 513 (2004). Das Appellationsgericht für den 4. Bundesbezirk hat die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens im September 2005 bekräftigt; der Ort der Festnahme sei irrelevant, *Padilla v. Hanft*, 423 F.3d 386 (4<sup>th</sup> Cir. 2005); der U.S. Supreme Court hat Anfang 2006 eine Annahme des Falles zur Entscheidung abgelehnt, 547 U.S. 1062 (2006).

<sup>39</sup> Das amerikanische Verteidigungsministerium hatte im Juli 2004 militärische Sondertribunale eingesetzt, die mit je drei

<sup>29</sup> Dazu *Note*, 82 N.Y.U. L. Rev. (2007), 625.

<sup>30</sup> Dazu *Lobel*, 25 T. Jefferson L. Rev. 389 (2003), 396. Die meisten „enemy combatants“ werden in einem Militärgefängnis in Guantanamo Bay, Cuba, festgehalten. Dazu z.B. *Kurth*, ZRP 2002, 404; *Tams*, AVR 42 (2004), 445; *Tomuschat*, DÖV 2006, 357.

<sup>31</sup> *Padilla v. Hanft*, 2005 423 F.3d 386 (4<sup>th</sup> Cir. 2005).

<sup>32</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), 159 L. Ed. 2d 578, 591 f. (Pluralitätsvotum *O'Connor*).

<sup>33</sup> 18 U.S.C. § 4001(a) sieht vor: „No citizen shall be imprisoned or otherwise detained by the United States except pursuant to an Act of Congress.“

<sup>34</sup> Authorization for Use of Military Force Joint Resolution (AUMF), Publ. L. No. 107-40, § 2(a), 115 Stat. 224 (Sept 18,

Zusammenfassend zeigt sich: Es existiert in den USA ein spezielles, nach dem 11. September 2001 geschaffenes Zivilgesetz (als Bundesgesetz), das eine Präventivhaft von Terrorismusverdächtigen ermöglicht; der Begriff des „Terrorismusverdächtigen“ ist dabei weit gefasst. Das Gesetz ist allerdings mit relativ engen rechtsstaatlichen Kautelen versehen. Das Hauptinteresse der Regierung gilt indessen dem Plan, die kriegsrechtlichen Instrumentarien (auch im Inland) auszubauen. Unübersehbar wird angestrebt, durch den Einsatz von Militärtribunalen die Fesseln der verfassungsrechtlichen Standards, namentlich im Beweisrecht, so weit wie möglich abzustreifen, und die rechtliche Überprüfbarkeit von Entscheidungen den Zivilgerichten (bis hin zum Supreme Court) zu entziehen.<sup>40</sup> Grundsatzfragen werden massiv in den Hintergrund gedrängt, wie z.B.: Gibt es die Figur des „feindlichen Kämpfers“ als Personenstatus im Völkerrecht überhaupt, kommt dabei eine Berufung auf Kriegsgewohnheitsrecht in Betracht, und legitimiert dieses auch die Inhaftierung eigener Staatsangehöriger?<sup>41</sup> Kann das vom amerikanischen Kongress erlassene Gesetz zur Autorisierung von Militärge- walt derartige Eingriffe überhaupt legitimieren oder hätte es eines Notstandsgesetzes bedurft, das den Verfassungsschutz der Freiheit der Person explizit einschränkt?<sup>42</sup>

Fragen dieser Art werden nun hierzulande an Völkerrechtsexperten mit Blick auf die Rechtslage in Deutschland herangetragen. Denn es wird neuerdings auf höchster politischer Ebene öffentlich darüber nachgedacht, ob man potentielle Terroristen – sogenannte Gefährder<sup>43</sup> – auch in Deutschland „als Kombattanten behandeln und internieren“ kann.<sup>44</sup> Ob auch schon an die Wiedereinführung von Militärgerichten gedacht ist? Ich will diesen Komplex, der gewiss

---

Offizieren besetzt waren. Die Interessen der Gefangenen sollten vor dem Tribunal mit Hilfe eines Militäroffiziers vertreten werden. Der U.S. Supreme Court hat indessen die Errichtung dieser Militärtribunale als rechtswidrig verworfen, *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006). Siehe [www.globalsecurity.org/military/facility/guantanamo-bay.legal.htm](http://www.globalsecurity.org/military/facility/guantanamo-bay.legal.htm). Unmittelbar darauf hat die Bush-Regierung den Kongress dazu gebracht, neue Sonderermächtigungen zum Einsatz von Militärtribunalen bereit zu stellen. Darin ist u.a. vorgesehen, dass „Verschwörung“ vor einem Militärtribunal mit der Todesstrafe geahndet werden kann. Kritisch *Michael*, 44 *Harvard J.L.* 473 (2007).

<sup>40</sup> Zur amerikanischen Rechtslage demnächst *Walther*, Die Rechtsstellung ‚feindlicher Kämpfer‘ in den USA.

<sup>41</sup> Die Fragwürdigkeit der Berufung auf Kriegsrecht wird herausgestellt im Minderheitenvotum der Richter *Souter* und *Ginsburg* in *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), 159 L.Ed. 2d 578, 611 ff.

<sup>42</sup> So das Minderheitenvotum der Richter *Scalia* und *Stevens* in *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), 159 L.Ed. 2d 578, 614 ff. Die hinreichende Bestimmtheit des amerikanischen Autorisierungsgesetzes wird bestritten im Minderheitenvotum der Richter *Souter* und *Ginsburg*.

<sup>43</sup> Zu diesem Begriff näher unten V.

<sup>44</sup> Siehe das Interview mit Bundesinnenminister Dr. *Wolfgang Schäuble* v. 9.7.2007, *Der Spiegel* Nr. 28/2007, S. 31.

Stoff für einen separaten umfangreichen Beitrag liefert, hier ausgeblendet lassen. Vielmehr will ich im Folgenden untersuchen, welchen Grundrechtsschranken eine Strategie der zivilen Präventivhaftung in Deutschland unterworfen wäre.

### III. Rechtslage in Deutschland

Das deutsche Recht bietet – bislang – keine spezielle Handhabe, um Personen aufgrund bestimmter Eigenschaften, Zugehörigkeiten, Kontakte oder Verhaltensweisen zu „Gefährdern“ zu erklären und zur weiteren Abklärung ihrer Gefährlichkeit in Haft zu nehmen. Allerdings lassen die allgemeinen Gesetze bereits jetzt in erheblichem Umfang den Einsatz von Maßnahmen zu, die zu Zwecken der Präventivhaft eingesetzt werden können. Dabei bietet bereits das Strafverfahrensrecht – in Gestalt der Untersuchungshaft – ein Instrumentarium, das dem Staat nachhaltige Freiheitseingriffe bei relativ schwachen Gegenrechten des Betroffenen erlaubt. Im Übrigen kann das Polizei- und Ausländerrecht als Einfallstor genutzt werden.

#### 1. Strafverfahrensrecht

Das Strafverfahrensrecht kennt das Instrument der „Präventivhaft“ nicht. Die Strafgesetze bestimmen, wie auf Straftaten, die – mutmaßlich – *begangen* worden sind, reagiert werden soll. Sie knüpfen nicht an die – abstrakte oder konkrete – Gefährlichkeit der Person an, sondern verlangen stets eine äußerliche Manifestation durch konkretes, bereits betätigtes Verhalten. Gleichwohl eröffnet das strafprozessuale Instrument der Untersuchungshaft sehr wohl ein Einfallstor für die – an sich systemfremde – Verfolgung rein präventiver sowie sonstiger Zwecke, die weder mit der Sicherung der Anwesenheit des Beschuldigten noch mit der Sicherung der Beweise für die „Untersuchung“ – also die Durchführung des Hauptverfahrens – zu tun haben.

Am deutlichsten tritt die Verfolgung nicht-strafrechtlicher Zwecke in § 112a StPO hervor, der nach h.M. eine Form von „Sicherungshaft“ normiert.<sup>45</sup> Doch ist für diesen „Haftgrund der Wiederholungsgefahr“ immerhin noch insofern ein enger Bezug zum Strafverfahren vorhanden, als vorausgesetzt wird, dass der Beschuldigte der Begehung einer – katalogmäßig bestimmten – Straftat verdächtig ist, ihretwegen verfolgt wird und bestimmte Tatsachen die Gefahr begründen, dass er während der Verfolgung eine derartige Tat wiederholt oder fortsetzt (vgl. § 112a Abs. 1 StPO). Ein weiteres Einfallstor für präventive Inhaftierungsgründe bietet der Haftgrund des „Kapitalverbrechens“ in § 112 Abs. 3 StPO. Zu den Tatbeständen, die ohne „besonderen“ Haftgrund – also Fluchtgefahr oder Verdunkelungsgefahr – Untersuchungshaft zulassen, gehört auch die Bildung krimineller oder terroristischer Vereinigungen, §§ 129, 129a, 129b StGB. Weil bereits die Mitgliedschaft pönalisiert wird, erlaubt das Gesetz hier eine Inhaftierung, deren Legitimation weniger an ein Tun als

---

<sup>45</sup> *Meyer-Göfner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 49. Aufl. 2006, § 112a Rn. 1; zur Vereinbarkeit mit dem GG BVerfGE 19, 342 (349 ff.); 35, 185 (190 ff.).

vielmehr an einen Zustand – einen Gefährlichkeitszustand – anknüpft. Zwar verlangt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass auch im Rahmen von § 112 Abs. 3 StPO Umstände vorliegen, die die Gefahr begründen, dass ohne Inhaftierung des Beschuldigten die alsbaldige Aufklärung und Ahndung der Tat in Frage gestellt sein könnte<sup>46</sup>; die Untersuchungshaft muss also ihrem gesetzlichen Zweck nach selbst hier primär darauf ausgerichtet sein, die Durchführung des Strafverfahrens abzusichern. Allerdings ist es selbst bei den relativ eng gefassten Zwecken des strafprozessualen Untersuchungshaftrechts offenbar in der Praxis nicht zu verhindern, dass mit der Anordnung von Inhaftierung zuweilen andere Zwecke verfolgt werden, wie etwa die Förderung von Geständnisbereitschaft oder die Gewinnung von Kronzeugen.<sup>47</sup>

Die Verfahrenshürden, die einem Einsatz der Untersuchungshaft für präventive Freiheitsentziehung entgegenstehen, sind relativ schwach. Zwar setzt die Anordnung von Untersuchungshaft nach dem Gesetz stets voraus, dass die Staatsanwaltschaft in ihrem Haftbefehlsantrag das Vorliegen eines *dringenden* Verdachts gegenüber dem Ermittlungsrichter glaubhaft machen kann (vgl. § 114 Abs. 2 StPO). Das setzt einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit der Täterschaft und der Schuld voraus.<sup>48</sup> Der dringende Tatverdacht muss aus bestimmten Tatsachen hergeleitet werden, bloße Vermutungen genügen nicht.<sup>49</sup> Doch ist fraglich, wie viel dieser Richtervorbehalt in der Praxis wert ist, wenn die Grundlage für diese Beurteilung das sich aus den Akten (der Staatsanwaltschaft) ergebende (vorläufige) Ermittlungsergebnis<sup>50</sup> ist und nicht etwa eine eigene, unabhängige Erhebung des Ermittlungsrichters. Auch im Übrigen hat die Staatsanwaltschaft in dem Verfahren, das der Anordnung von Untersuchungshaft voraus geht, ein Heimspiel: Die vorherige Anhörung des Beschuldigten (§ 33 Abs. 3 StPO) wird in der Regel wegen Gefährdung des Anordnungszwecks entfallen (§ 33 Abs. 4 StPO).<sup>51</sup> Der Gesetzgeber sieht in dem Verfahren zur Anordnung von Untersuchungshaft – ungeachtet des hohen Rangs des Freiheitsgrundrechts aus Art. 2 Abs. 2 GG, Art. 5 Abs. 1 EMRK – auch keinen Fall der notwendigen Verteidigung, so dass wenigstens ein anwaltlicher Verteidiger für den Beschuldigten vor dem Erlass des Haftbefehls zu

hören wäre (vgl. § 168c StPO).<sup>52</sup> Selbst in der Situation des Beschuldigten unmittelbar *nach* Erlass eines Haftbefehls oder – spätestens – nach dessen Vollstreckung sieht der deutsche Gesetzgeber keinen Grund für notwendigen Verteidigerbeistand. Dieser ist nach § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO erst vorgesehen, wenn sich der Beschuldigte „mindestens drei Monate auf Grund richterlicher Anordnung oder mit richterlicher Genehmigung in einer Anstalt befunden hat und nicht mindestens zwei Wochen vor Beginn der Hauptverhandlung entlassen wird.“

Die Dienstbarmachung der Untersuchungshaft zu systemfremden Präventiv- und sonstigen Zwecken wird – neben den niedrigen Schwellenerfordernissen für die Anordnung („Zulässigkeit“) – noch erleichtert durch die großzügige Regelung, die der Gesetzgeber hinsichtlich der „Fortdauer“ der Untersuchungshaft vorgesehen hat. Es gibt in der StPO keine Norm, die anordnet, dass innerhalb einer bestimmten Frist nach Beginn der Untersuchungshaft eine Anklageschrift bei Gericht eingereicht werden muss. Zwar besteht wegen der dem Beschuldigten zur Verfügung stehenden Rechtsmittel (Haftprüfungsantrag, § 117, Haftbeschwerde, §§ 304 ff. StPO) wie auch wegen der verschärften Anforderungen, die das Gesetz bei Haftdauer von über sechs Monaten stellt (§ 121 StPO), ein gewisser Druck auf die Staatsanwaltschaft, innerhalb eines überschaubaren Zeitraums die Anklagereife herbeizuführen und eine den Anforderungen von § 200 StPO genügende Anklageschrift einzureichen. Im Falle der Aufklärung komplexer terroristischer Organisationsstrukturen, die ins ferne Ausland hinein reichen, erforderte dies den Einsatz erheblicher Ressourcen bei der zuständigen Bundesanwaltschaft (§ 142a GVG).<sup>53</sup> Doch gewährt das Gesetz in sehr großzügiger Weise eine Fortdauer der Untersuchungshaft selbst über sechs Monate hinaus, „wenn die besondere Schwierigkeit oder der besondere Umfang der Ermittlungen oder ein anderer wichtiger Grund das Urteil noch nicht zulassen und die Fortdauer der Haft rechtfertigen“ (§ 121 Abs. 1 StPO). Diese Tatbestandsvoraussetzungen werden in Fällen

<sup>46</sup> BVerfGE 19, 342 (350); dazu *Boujong*, in: Pfeiffer (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, 5. Aufl. 2003, § 112 Rn. 40.

<sup>47</sup> Zu diesen sogenannten „apokryphen Haftgründen“ siehe etwa *MünchKollf/Gatzweiler*, *Das Recht der Untersuchungshaft*, 2. Aufl. 2002, Rn. 3 ff.; vgl. auch *Schlothauer/Weider*, *Untersuchungshaft*, 3. Aufl. 2001, Rn. 633 ff.

<sup>48</sup> *Meyer-Göfner* (Fn. 45), § 112 Rn. 5; *Boujong* (Fn. 46), § 112 Rn. 6.

<sup>49</sup> *Meyer-Göfner* (Fn. 45), § 112 Rn. 7; *Boujong* (Fn. 46), § 112 Rn. 7.

<sup>50</sup> *Meyer-Göfner* (Fn. 45), § 112 Rn. 7; *Boujong* (Fn. 46), § 112 Rn. 8.

<sup>51</sup> *MünchKollf/Gatzweiler* (Fn. 47), Rn. 156. Immerhin ist der Beschuldigte nach der Festnahme richterlich vorzuführen und durch den Richter anzuhören, § 115 StPO.

<sup>52</sup> Ein Weg zur „notwendigen Verteidigung“ bei Untersuchungshaft ergibt sich allenfalls über § 140 Abs. 2 S. 1 StPO in Verbindung mit Art. 5 Abs. 4 EMRK. Nach der Rechtsprechung des EuGHMR handelt es sich bereits im Haftprüfungsverfahren um ein kontradiktorisches Verfahren, für dessen Vorbereitung dem Beschuldigten ein Akteneinsichtsrecht zusteht; EuGHMR, *Sánchez-Reisse v. Schweiz*, Urt. v. 21.10.1986, EuGRZ 1988, 523; *Lamy v. Belgien*, Urt. v. 30.3.1989, StV 1993, 283; *Lietzow v. Deutschland*, Urt. v. 13.2.2001, NJW 2002, 2013; *Schöps v. Deutschland*, Urt. v. 13.2.2001, NJW 2002, 2015; *Garcia Alva v. Deutschland*, Urt. v. 13.2.2001, NJW 2002, 2018; dazu *Gollwitzer*, in: Rieß (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 25. Aufl. 2001, Art. 5 MRK Rn. 124, 124a. Effektive Akteneinsicht erfordert aber die Einschaltung eines Verteidigers.

<sup>53</sup> Bei der Bundesanwaltschaft befassen sich in der Abteilung für Straftaten gegen die Innere Sicherheit 41 Staatsanwälte mit Terrorismusbekämpfung (Telefonauskunft der Pressestelle v. 20.8.2007).

von Terrorismusverdacht mit Auslandsbezug häufig erfüllt sein.<sup>54</sup> Dieses schneidige Instrumentarium der Untersuchungshaft, das recht großzügige Bedingungen der Zulässigkeit und Fortdauer von Inhaftierung aufstellt, könnte künftig durch den Gesetzgeber noch erheblich ausgedehnt werden. So sind auf der Grundlage von § 112 Abs. 3 StPO gegenwärtig nur die Gründung und die Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung zur Begehung von Straftaten sowie die Anstiftung oder Verabredung dazu erfasst<sup>55</sup>. Nicht erfasst sind Vereinigungen, deren Tätigkeiten auf die bloße Androhung von Straftaten gerichtet sind, sowie Aktivitäten, die im Vorfeld von Gründung und Mitgliedschaft liegen, beispielsweise diverse Formen von Unterstützung und Werbung (vgl. § 112 Abs. 3 StPO; § 129a Abs. 3 und 5 StGB).

## 2. Polizei- und Ausländerrecht

Das *Polizeirecht* der Länder stellt zwar seit langem die Möglichkeit, bei bestimmten drohenden Gefahren, etwa bei Verdacht einer *unmittelbar bevorstehenden* Straftat Präventivgewahrsam anzuordnen, zur Verfügung.<sup>56</sup> Doch ist dieses allgemein-polizeiliche Instrumentarium, wie sich etwa an den Beispielen der Polizeigesetze von Hessen<sup>57</sup>, Nordrhein-Westfalen<sup>58</sup>, Saarland<sup>59</sup> und Bayern<sup>60</sup> zeigt, (aus Sicht der Exekutive) relativ begrenzt. Gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 2 HSOG und § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG-NRW (ähnliche Normen finden sich im Saarländischen PolG und im PAG Bayern) kann eine Person in Gewahrsam genommen werden, „wenn das uner-

läßlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat [...] von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern.“ Allerdings: Selbst wenn man einmal unterstellt, dass Polizei und Gerichte im Ernstfall das Merkmal des „unmittelbaren Bevorstehens“ weit auslegen (und die Gerichte der Polizei eine Einschätzungsprärogative zugestehen) würden, so wäre für eine Kampagne präventiver Inhaftierungen von Terrorismusverdächtigen – aus der Perspektive der Sicherheitsbehörden gesehen – hinderlich, dass die Betroffenen auf dieser Rechtsgrundlage (per richterlicher Entscheidung) nur für relativ kurze Zeiträume, ohne flexible Verlängerungsmöglichkeiten, inhaftiert werden könnten (Hessen: höchstens sechs Tage, § 35 Abs. 1 Nr. 4 HSOG, Saarland: acht Tage, § 16 Abs. 1 Nr. 3 SPoLG, Bayern: zwei Wochen, Art. 20 Nr. 3 PAG). Immerhin aber ist eine Ingewahrsamnahme auf dieser Grundlage unabhängig von der Staatsbürgerschaft möglich, sie kann also auch Deutsche und Bürger der Europäischen Union treffen. In etlichen Ländern, beispielsweise in Nordrhein-Westfalen, sind die Optionen der Polizei indessen enger. So ist gemäß §§ 36, 38 Abs. 1 Nr. 3 PolG-NRW eine (richterlich angeordnete) *Fortdauer* der Freiheitsentziehung nur auf der Grundlage eines *anderen* Gesetzes möglich; polizeirechtlicher Gewahrsam hat also bloß die Funktion einer *vorläufigen* Freiheitsentziehung. Für eine Fortdauer kommen – neben §§ 112 ff. StPO – die Ausländergesetze in Betracht, allerdings nur, soweit es sich nicht um Unionsbürger handelt<sup>61</sup>:

Gemäß § 58a Abs. 1 des seit dem 1. Januar 2005 geltenden Aufenthaltsgesetzes<sup>62</sup> kann die oberste Landesbehörde „gegen einen Ausländer aufgrund einer auf Tatsachen gestützten Prognose zur Abwehr einer besonderen Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr ohne vorhergehende Ausweisung eine Abschiebungsanordnung erlassen.“ Diese Abschiebungsanordnung ist – durch die Bundespolizei – sofort vollziehbar; einer Abschiebungsandrohung bedarf es nicht. Gemäß Abs. 2 kann das Bundesministerium des Innern „die Übernahme der Zuständigkeit erklären, wenn ein besonderes Interesse des Bundes besteht.“ Liegt eine solche sofortige Abschiebungsanordnung vor, so kann der Betroffene gemäß § 62 Abs. 2 Nr. 1a AufenthaltsgG aufgrund richterlicher Anordnung in Abschiebungshaft („Sicherungshaft“) genommen werden, sofern die Anordnung „nicht unmittelbar vollzogen werden kann“. Die Abschiebungsanordnung nach § 58a eröffnet die Option, eine Sicherungshaft von bis zu sechs Monaten anzuordnen (auf die eine eventuelle Vorbereitungshaft anzurechnen ist, § 62 Abs. 3). Die Haftdauer kann in Fällen, „in denen der Ausländer seine Abschiebung verhindert“, sogar um bis

<sup>54</sup> Im Fall Motassadeq kam es nach dreijährigem Verfahren in Hamburg schließlich zu einer Verurteilung zu sieben Jahren Freiheitsstrafe wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung, vgl. FAZ v. 20.8.2005. Ein weiteres Beispiel bietet der Fall Mzoudi, dessen Freispruch am 9.6.2005 vom Bundesgerichtshof bestätigt wurde, vgl. FAZ v. 10.6.2005. Mzoudi saß 435 Tage in Untersuchungshaft; eine Entschädigung hat er aufgrund einer EG-Verordnung zur Terrorismusbekämpfung aus dem Jahre 2002 nicht erhalten.

<sup>55</sup> Zur Anwendbarkeit von § 30 *Lackner/Kühl*, Strafrechtbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 129a Rn. 2; BayObLG JR 1999, 82 m. Anm. *Radtke*; *Tröndle/Fischer*, Strafrechtbuch und Nebengesetze, Kommentar, 54. Aufl. 2007, § 129a Rn. 24; *Ostendorf*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrechtbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 1, §§ 129a, 129b Rn. 7; diff. *Bubnoff*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafrechtbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 1995, § 129a Rn. 38.

<sup>56</sup> Kritisch zu dieser „Vorbeugehaft“ z.B. *Wächtler*, StV 1989, 410; *B. Hirsch*, ZRP 1989, 81. Vgl. auch *Friedersen/Petersen*, NordÖR 2005, 516 (519).

<sup>57</sup> Hessisches Gesetz über die Sicherheit und Ordnung (HSOG) v. 26. Juni 1990, GVBl. I, S. 197, i.d.F.v. 14.1.2005, GVBl. I., S. 14.

<sup>58</sup> V. 25. Juli 2003, GV NRW 2003, S. 441.

<sup>59</sup> Saarländisches Polizeigesetz (SPoLG) v. 8. Nov. 1989 i.d.F. d. Bekanntmachung v. 16. März 2001 (Amtsbl. S. 1074), zuletzt geändert d. Gesetz v. 5. Mai 2004 (Amtsbl. S. 1326).

<sup>60</sup> Polizeiaufgabengesetz (PAG) v. 14. Sept. 1990, GVBl. 1990, S. 397.

<sup>61</sup> Für sie gilt das Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU – FreizügG/EU), verkündet als Artikel 2 des Zuwanderungsgesetzes vom 30.7.2004, BGBl. 2004 I, S. 1950.

<sup>62</sup> AufenthaltsgG, verkündet als Art. I des Gesetzes zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz v. 30.7.2004, BGBl. 2004 I, S. 1950).

zu zwölf Monate verlängert werden. Auch wenn das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebietet, dass stets die Zweckhaftigkeit der Sicherungshaft gewährleistet sein muss und ihre Aufrechterhaltung daher stets einer tragfähigen Begründung bedarf, so eröffnet das Gesetz hier doch einen beträchtlichen Beurteilungsspielraum für die Exekutive.

Die verfahrensrechtlichen Vorkehrungen, die das einfache Recht zum Schutz des Betroffenen bereit hält, sind sowohl im Falle der polizeirechtlichen Präventivhaft wie auch bei Abschiebungshaft nach dem Aufenthaltsgesetz ausgesprochen gering. Für diese Freiheitsentziehungen gelten die Regelungen im Freiheitsentziehungsgesetz von 1956.<sup>63</sup> Gemäß § 3 FrhEntzG entscheidet ein Amtsgericht auf Antrag der zuständigen Verwaltungsbehörde und für das Verfahren gelten die Grundsätze der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Ungeachtet des hohen Rangs des Freiheitsgrundrechts aus Art. 2 Abs. 2 GG, Art. 5 Abs. 1 EMRK findet sich in Verfahren nach dem Freiheitsentziehungsgesetz kein Prinzip der notwendigen Bestellung eines Rechtsbeistands. § 13 FGG gibt lapidar vor, dass die Beteiligten „mit Beiständen erscheinen können“; für frühzeitige, professionelle Verteidigung zu sorgen wird vom Gesetzgeber also zur Privatsache erklärt. Gemäß § 5 Abs. 1 FrhEntzG ist das Amtsgericht vor seiner Entscheidung im Übrigen lediglich verpflichtet, „die Person, der die Freiheit entzogen werden soll, mündlich zu hören“. Bei Verheirateten ist auch der Ehegatte zu hören, und Gleiches gilt für den Lebenspartner (§ 5 Abs. 3 FrhEntzG). Es ist weder vorgesehen, dass der eines strafbaren Vorhabens Verdächtige über die ihm zur Last gelegte (geplante) Tat näher zu informieren ist, noch dass er über Rechte – etwa das Recht, zu schweigen, das Recht, einen Rechtsbeistand zu konsultieren, oder das Recht, zu seiner Entlastung Beweiserhebungen zu beantragen – zu belehren ist (vgl. § 136 Abs. 1 StPO). Die Macht des Gerichts wirkt angesichts all dessen geradezu überwältigend. Es kann die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung und damit den sofortigen (Weiter-) Vollzug der Freiheitsentziehung anordnen (§ 8 FrhEntzG). Eine gesetzliche Verpflichtung, während des Vollzuges von polizeilicher Präventivhaft (oder ausländerrechtlicher Abschiebehaft) den Verdacht einer Straftat in einem Ermittlungsverfahren prüfen zu lassen mit der Konsequenz, dass bei bestehendem Anfangsverdacht eines Terrorismusdelikts eine Überleitung des Verfahrens auf die Generalbundesanwaltschaft mit anschließender Entscheidung des Ermittlungsrichters beim Bundesgerichtshof auf der Grundlage der §§ 112 ff., 169 Abs. 1 S. 2 StPO erforderlich wäre, ist nicht vorgesehen. Und als wäre dies alles nicht schon haarsträubend genug: Für den Betroffenen besteht keine Chance, die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung auf kurzem Wege durch ein hochrangiges Gericht überprüfen zu lassen: Gegen die Entscheidung des Amtsgerichts ist das

<sup>63</sup> Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen v. 29. Juni 1956, BGBl. I 1956, S. 599, i.d.F. v. 27.4.2001, BGBl. I, S. 751. Hierauf wird verwiesen in § 106 Abs. 2 S. 1 AufenthaltsgG, sowie in den Polizeigesetzen: § 33 Abs. 2 HSOG (Hessen), § 36 Abs. 2 S. 2 PolG NRW, § 14 Abs. 2 S. 2 SpolG (Saarland), Art. 18 Abs. 3 S. 3 PAG (Bayern).

Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegeben (§ 7 Abs. 1 FrhEntzG), für die das Landgericht zuständig ist (§ 19 Abs. 2 FGG i.V.m. § 3 S. 2 FrhEntzG), und über die gegen dessen Entscheidung mögliche weitere sofortige Beschwerde befindet das Oberlandesgericht (§ 28 Abs. 1 FGG i.V.m. § 3 S. 2 FrhEntzG). Ein im wahrsten Sinne des Wortes beschwerlicher Rechtsweg, dessen Ausschöpfung in der Regel mehrere Wochen dauert.<sup>64</sup> Umso mehr hängt der Rechtsschutz des Einzelnen von der Ernsthaftigkeit und Unabhängigkeit der Amtsrichter ab, die qua Richtervorbehalt über die Anordnung der Freiheitsentziehung zu entscheiden haben.

#### IV. Die vorhandenen Präventivhaft-Möglichkeiten im Lichte von Art. 5 EMRK

Als legitime Zwecksetzung einer (präventiven) Freiheitsentziehung kommt nach Art. 5 Abs. 1 c) EMRK nur in Betracht, dass „begründeter Anlaß zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, [die Person] an der Begehung einer Straftat [...] zu hindern“ (when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence, Art. 5 Abs. 1 c). Allerdings gibt es – wie beispielsweise die Rechtslage in Deutschland zeigt – unterschiedliche Formen oder Konzeptionen der Präventivhaft; und in Bezug auf Art. 5 Abs. 1 c) existieren erhebliche Zweifel, ob *sämtliche* Formen von Präventivhaft zulässig sind.<sup>65</sup> So hat sich der EuGHMR in mehreren Entscheidungen auf den Standpunkt gestellt, dass Art. 5 Abs. 1 c) einzig und allein eine Freiheitsentziehung *im Kontext der Strafverfolgung* erlaube („a person may be detained within the meaning of Article 5 § 1 (c) only in the context of criminal proceedings, for the purpose of bringing him before the competent legal authority on suspicion of his having committed an offence“).<sup>66</sup> Möglicherweise ist Art. 5 Abs. 1 c) daher dahingehend auszulegen, dass er nur den Haftgrund der Wiederholungsgefahr bei Verdacht einer bereits begangenen Straftat abdeckt.<sup>67</sup> Es ist daher hierzulande umstritten, ob die polizeiliche Präventivhaft der Länder in der Konzeption des kurzfristigen „Unterbindungsgewahrsams“ als mit Art. 5 Abs. 1 c) EMRK vereinbar anzusehen ist.<sup>68</sup>

<sup>64</sup> Nach Auskunft des OLG Köln ist in der Regel von einer Verfahrensdauer von vier bis sechs Wochen auszugehen.

<sup>65</sup> Ausführlich Macken, Int. J. of Human Rights 2006, 195.

<sup>66</sup> EuGHMR, Jecius v. Lithuania, Urt. v. 31.7.2000, Appl. No. 34578/97, Ziff. 50, bezugnehmend auf Ciulla v. Italy, Urt. v. 22.2.1989, Appl. No 11152/84 und Lawless v. Ireland, Urt. v. 1.7.1961, Appl. No 332/57, Ziff. 14, veröff. in *Golsong/Petzold/Furrer* (Hrsg.), Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Band 1 (1970), S. 22 ff.

<sup>67</sup> So Renzikowski, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Konvention der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 7. Lieferung, Stand: Juni 2004, Art. 5 Rn. 180 m.w.N.; ausführlicher zum Problem auch Gollwitzer (Fn. 52), Art 5 MRK Rn. 70.

<sup>68</sup> Ablehnend Renzikowski (Fn. 67), Art. 5 Rn. 180 m.w.N.; die gegenteilige Auffassung beruft sich auf Guzzardi v. Italy, Urt. v. 6.11.1980, Appl. No. 7367/76, Ziff. 102; dazu Gollwitzer (Fn. 52), Art. 5 MRK Rn. 70 f.; vgl. auch BayVerfGH

Sehr beschränkt ist im Übrigen die Verfolgbarkeit präventiver Zwecke mit Hilfe der Sicherungshaft auf Grundlage von § 58a AufenthaltsgG. Art. 5 Abs. 1 f EMRK erlaubt eine rechtmäßige „Festnahme oder Freiheitsentziehung zur Verhinderung der unerlaubten Einreise oder bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist“. Gegen dieses Freiheitsgrundrecht könnte eine Maßnahme nach § 58a AufenthaltsgG verstoßen, wenn bei Anordnung der Sicherungshaft ein gleichzeitiges Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren nicht oder nicht nachhaltig betrieben würde.<sup>69</sup> Probleme hinsichtlich der Zulässigkeit von Abschiebungshaft entstehen im Übrigen dann, wenn rechtliche Ausweisungshindernisse bestehen.<sup>70</sup> Ist die Ausweisung oder Auslieferung offensichtlich unzulässig, verletzt die Inhaftierung Art. 5 Abs. 1 f) EMRK.<sup>71</sup> Wenn sich während des Verfahrens herausstellt, dass die Ausweisung rechtlich unzulässig oder tatsächlich unmöglich ist, muss die betreffende Person freigelassen werden.<sup>72</sup>

Sollten – ungeachtet der Grundsatzfrage, ob Präventivhaft überhaupt konventionsrechtlich zulässig ist – die polizeirechtlichen Möglichkeiten, Präventivhaft anzuordnen, künftig auch zur Bekämpfung von Terrorismusgefahren eingesetzt werden, so wären jedenfalls bestimmte Kautelen zu beachten. Die Verhinderung einer *konkreten* Straftat durch den Betroffenen muss für *notwendig* erachtet werden („reasonably considered necessary“).<sup>73</sup> Der Haftgrund der Präventivhaft wird eng ausgelegt.<sup>74</sup> So wäre beispielsweise bereits fraglich, ob es genüge, in einem Präventivhaft-Gesetz die Gefahr der „Begehung eines terroristischen Anschlags“ als maßgebliche Voraussetzung einer Freiheitsentziehung zu formulieren; denn ein so benannter Straftatbestand findet sich im Strafgesetzbuch nicht.<sup>75</sup> Doch selbst wenn diese Bezeichnung den Anforderungen, die der EuGHMR an den Begriff der in Art.

5 Abs. 1 c) genannten „offence“ aufstellt, noch genügen würde<sup>76</sup>, so müssten die besonderen Anforderungen an den Verdachtsgrad und den Verdachtsgegenstand beachtet werden.

Nach Art. 5 Abs. 1 c) EMRK genügt nicht irgendein Verdacht; nur ein *vernünftiger* Verdacht (reasonable suspicion) kann die Anforderungen erfüllen.<sup>77</sup> Es wäre ein Fehlschluss, aus dem Wortlaut der Norm zu schließen, dass der Maßstab der „Vernünftigkeit“ (des Verdachts, der Annahme der Gefahr) nur für die Freiheitsentziehung zu Zwecken der Untersuchungshaft maßgeblich sei, nicht aber für Zwecke der Präventivhaft. Zwar scheint die deutsche Übersetzung der EMRK eine Unterscheidung nahelegen, weil für die erste Alternative der Begriff des „hinreichenden Verdachts“, für die zweite jedoch der Begriff des „begründeten Anlasses zu der Annahme“ verwendet wird.<sup>78</sup> Doch lässt sich ein sachlicher Unterschied in Wirklichkeit weder grammatikalisch noch teleologisch begründen. In beiden Alternativen muss – wie der englische Wortlaut zeigt – die Annahme einer bereits begangenen oder konkret bevorstehenden Straftat „vernünftig“ (reasonable) sein, wenn der Normzweck gewährleistet werden soll, Personen vor missbräuchlicher und willkürlicher Freiheitsentziehung zu schützen. Demnach müssen für die Annahme, dass eine Person die „konkrete und spezifische“ Straftat begehen könnte, Tatsachen oder Informationen vorliegen, die „einen objektiven Beobachter überzeugen“.<sup>79</sup> Allerdings zeichnet sich in der EuGHMR-Rechtsprechung ab, dass in Fällen der Terrorismusbekämpfung die Anforderungen an die Art und Weise des Nachweises und der Belegbarkeit des „vernünftigen Verdachts“ nicht sehr hoch angesetzt werden.<sup>80</sup>

Im Übrigen müsste auch die Dauer der Freiheitsentziehung eng begrenzt sein. Denn die Frage, für welche Dauer präventive Freiheitsentziehung im Einklang mit Grundrech-

NVwZ 1991, 664; SächsVerfGH EuGRZ 1996, 437 (439); OVG Bremen NVwZ 2001, 221.

<sup>69</sup> Gollwitzer (Fn. 52), Art. 5 MRK Rn. 86; EuGHMR, Chahal v. U.K., Urt. v. 15.11.1996, Ziff. 112 ff.; ÖJZ 1997, 632; zum Gesetzesentwurf von Bündnis90/Die Grünen mit dem Ziel, § 58a zu streichen, siehe BT-Drs. 16/3198 v. 27.10.2006.

<sup>70</sup> Vgl. Tomuschat, DÖV 2006, 357 (362).

<sup>71</sup> Renzikowski (Fn. 67), Art. 5 Rn. 212.

<sup>72</sup> Renzikowski (Fn. 67), Art. 5 Rn. 211. Nach dem Aufenthaltsgesetz ist Sicherungshaft im Übrigen unzulässig, wenn nicht zu erwarten ist, dass der Ausländer innerhalb der nächsten drei Monate abgeschoben werden kann, § 62 Abs. 2 S. 4 AufenthG; dazu Wenger, in: Storr u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Zuwanderungsgesetz, Aufenthaltsgesetz und Freizügigkeitsgesetz/EU, 2005, § 58a Rn. 6.

<sup>73</sup> Ebenso Friedersen/Petersen, NordÖR 2005, 516 (517 f.).

<sup>74</sup> Gollwitzer (Fn. 52), Art. 5 MRK Rn. 70.

<sup>75</sup> Nach Gollwitzer (Fn. 52), Art. 5 MRK Rn. 70, 64 ist der Begriff der „strafbaren Handlung“ allerdings autonom ausulegen und „losgelöst von den Kategorien des jeweiligen nationalen Rechts im weiten Sinne zu verstehen.“ Erfasst sind danach „alle im nationalen Recht mit Strafe bedrohten Handlungen.“

<sup>76</sup> Dazu EuGHMR, Brogan v. U.K., Urt. v. 29.11.1988, A Nr. 145-B, Rn. 51 (zur Verwendung des Begriffs „acts of terrorism“); siehe auch Ireland v. U.K., Urt. v. 18.1.1978, A Nr. 25, Rn. 196; dazu Harris/O’Boyle/Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, 1995, S. 116. Nach Macken, Int. J. of Human Rights 2006, 195, soll sich aus der Entscheidung Brogan ergeben, dass auch die Anforderungen an die Spezifizierung der bevorstehenden Tat abzusenken seien; die Begründung, es seien unspezifische „terroristische Taten“ zu erwarten, solle genügen. Jedoch betraf die Entscheidung in Brogan den Fall der Freiheitsentziehung auf Verdacht einer bereits begangenen Straftat; es erscheint daher fragwürdig, ob die Aussagen – wie Macken behauptet – auf Art. 5 Abs. 1 c), 2. Alt. übertragen werden können.

<sup>77</sup> Demko, HRRS 2004, 96; Gollwitzer (Fn. 52), Art. 5 MRK Rn. 1; Renzikowski (Fn. 67), Art. 5 Rn. 1.

<sup>78</sup> Offizielle Übersetzung nach BGBl. 2002 II, S. 1054.

<sup>79</sup> Ausführlich Demko, HRRS 2004, 96 m.w.N. Nach Gollwitzer (Fn. 52), Art. 5 MRK Rn. 70 müssen konkrete Tatsachen den Verdacht plausibel begründen, dass der Betroffene diese Straftat alsbald begehen will; vgl. auch Friedersen/Petersen, NordÖR 2005, 516 (517).

<sup>80</sup> Ausführlich Demko, HRRS 2004, 96 (100 ff.).



ten angeordnet werden darf, kann nur unter Rückbeziehung auf den Zweck beantwortet werden. Ist dieser aber eng beschränkt auf Notwendigkeiten unmittelbarer Verbrechensprävention, so kann Freiheitsentziehung zu Präventionszwecken auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 1 c) EMRK stets nur kurzfristig zulässig sein.<sup>81</sup>

### V. Eine neue Kategorie der Präventivhaft für „Gefährder“?

Die Möglichkeiten, Präventivhaft anzuordnen, sind in Deutschland also bereits beträchtlich, ohne dass dies durchweg als konventionsrechtlich abgesichert gelten kann. Wie eingangs erwähnt wird erwogen, das Konzept künftig noch zu erweitern unter Anknüpfung an den im Jahre 2004 auf politischer Ebene geschaffenen Begriff des „Gefährders“. Darunter wird eine Person verstanden, „bei der bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie politisch motivierte Straftaten von erheblicher Bedeutung, insbesondere solche im Sinne des § 100a der Strafprozessordnung (StPO), begehen wird.“<sup>82</sup> Das gibt Anlass, einige Grundsatzfragen zu beleuchten, die hinsichtlich der Anordnung von Präventivhaft im Hinblick auf Art. 104 GG Beachtung erfordern. Des weiteren ist natürlich zu fragen, ob ein solches Konzept mit Art. 5 Abs. 1 c) EMRK vereinbar wäre. Ob der Bund für ein Präventivhaft-Gesetz überhaupt zuständig wäre, kann indessen hier nicht vertieft werden.<sup>83</sup>

#### 1. Konsequenzen aus Art. 104 Abs. 1, 2 GG: Anforderungen an das freiheitsentziehende Gesetz

Polizeiliche Freiheitsentziehungsbefugnisse sind stets besonders suspekt. Das Misstrauen hat eine Geschichte: Obwohl Art. 114 der Weimarer Reichsverfassung von 1919 die persönliche Freiheit als „unverletzlich“ garantierte<sup>84</sup>, waren

Einschränkungen bereits während der Weimarer Republik mehrfach durch Notverordnungen, mit denen das Grundrecht suspendiert wurde, ermöglicht worden. Unmittelbar nach der Machtergreifung Hitlers (Ende Januar 1933), wurde das Freiheitsgrundrecht sogar „bis auf weiteres“ ganz außer Kraft gesetzt (insbesondere durch die sogenannte Reichstagsbrandverordnung vom 28. Februar 1933). Die massenhafte Anwendung der sogenannten „Schutzhaft“ – die für das NS-Regime in der Folgezeit zum schlagkräftigsten Instrument des Zentralstaats für die Terrorisierung der Bevölkerung wurde – gegen politische Gegner, Juden, „Fremdvölkische“ und sonstige missliebige Personen konnte ohne gerichtliche Mitwirkung geschehen; und derartige Maßnahmen der Geheimen Staatspolizei (Gestapo) wurden zunächst von der Rechtsprechung, dann durch Gesetze jeglicher – auch nachträglicher – gerichtlicher Kontrolle entzogen.<sup>85</sup> Bereits Ende Juli 1933 befanden sich in ganz Deutschland knapp 27.000 Menschen in „Schutzhaft“, die in Konzentrationslagern vollzogen wurde.<sup>86</sup> Vor diesem Hintergrund wurden in Art. 104 GG „Rechtsgarantien bei Freiheitsentziehung“ aufgenommen, die unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Betroffenen, also als Menschenrecht, gelten.<sup>87</sup>

Art. 104 Abs. 1 GG schreibt fest, dass die Freiheit der Person „nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden“ kann (Abs. 1 S. 1). Es bedarf also zunächst eines Parlamentsgesetzes. Der Zusatz in Art. 104 Abs. 1 GG, dass die Freiheitsentziehung „nur unter Beachtung der [im Gesetz] vorgeschriebenen Formen“ geschehen darf (ähnlich die Formulierung in Art. 5 Abs. 1 EMRK: „nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise“) legt allerdings nahe, dass der Verfassungsgesetzgeber bei derartigen Eingriffen eine besondere *Förmlichkeit des Verfahrens* voraussetzt, und dass diese in *demselben* Gesetz, das die Freiheitsentziehung zulässt („darin“), geregelt sein muss.<sup>88</sup> Dass es sich bei diesen *speziell* zu regelnden Förmlichkeiten um mehr handeln muss als um den Richtervorbehalt, also das Gebot, dass über Zuläs-

<sup>81</sup> Wie hier *Gollwitzer* (Fn. 52), Art. 5 MRK Rn. 70a.

<sup>82</sup> Die Definition ist von der AG Kripo (Arbeitsgemeinschaft der Leiter der Landeskriminalämter und des Bundeskriminalamts) geschaffen worden. Antwort des Staatssekretärs Dr. *Hanning* v. 21.11.2006 auf eine Anfrage des Abgeordneten *Wolfgang Neskovic* (Die Linke), BT-Drs. 16/3570, S. 6, Fragen 9 und 10.

<sup>83</sup> Allgemeine Gefahrenabwehr ist Sache der Länder, Art. 70 GG. Eine Zuständigkeit des Bundes könnte sich wohl allenfalls aus Art. 73 Nr. 1 GG („Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung“) ergeben, sofern man den Begriff der „Verteidigung“ in einem neuen Licht interpretierte. Ähnliches gilt mit Blick auf den Begriff der „internationalen Verbrechensbekämpfung“ in Art. 73 Nr. 10 GG.

<sup>84</sup> Art. 114 WRV sah vor: (1) Die Freiheit der Person ist unverletzlich. Eine Beeinträchtigung oder Entziehung der persönlichen Freiheit durch die öffentliche Gewalt ist nur auf Grund von Gesetzen zulässig. (2) Personen, denen die Freiheit entzogen wird, sind spätestens am darauffolgenden Tage in Kenntnis zu setzen, von welcher Behörde und aus welchen Gründen die Entziehung der Freiheit angeordnet worden ist; unverzüglich soll ihnen Gelegenheit gegeben werden, Einwendungen gegen ihre Freiheitsentziehung vorzubringen.

<sup>85</sup> Dazu *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 5. Aufl. 2005, Art. 104 Rn. 5 m.w.N.

<sup>86</sup> *Drobisch/Wieland*, System der NS-Konzentrationslager 1933-1939, 1993, S. 134. Die Zahl der Schutzhäftlinge war im Frühjahr 1933 sogar noch höher (ca. 40.000). Mit der Etablierung der nationalsozialistischen Herrschaft ging die Zahl der Häftlinge aber bis zum Jahreswechsel 1934/35 auf etwa 3.000 zurück, bevor sie ab 1935/1936 mit der Entstehung des eigentlichen KZ-Systems wieder anstieg. Neben Entlassungen konnte der Rückgang allerdings auch damit zu begründen sein, dass Schutzhäftlinge in „normale“ Gefängnisse verlegt wurden. Zu alledem auch *Orth*, Das System der nationalsozialistischen Konzentrationslager, 1999, S. 23 ff.

<sup>87</sup> *Kunig*, in: ders./von Münch (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2003, Art. 104 Rn. 5.

<sup>88</sup> *Gusy* (Fn. 85), Art. 104 Rn. 28, hebt zwar die Pflicht des Gesetzgebers hervor, Verfahrensnormen zu erlassen, doch bleibt der Aspekt, dass dies eine *spezielle* Regelung sein muss, unberücksichtigt.

sigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung „nur der Richter zu entscheiden“ hat, ergibt sich aus einer Zusammenschau mit Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG: Die Erwähnung der „vorgeschriebenen Formen“ in Abs. 1 S. 1 wäre unnötig, wenn diese sich auf den Richtervorbehalt beschränkten. Gewiss sieht das Grundgesetz selbst hier keine besonderen „Formen“ vor; aber es verdeutlicht doch eine normative Erwartung, dass solche (in dem freiheitseinschränkenden Gesetz selbst) existieren. Bei den „Förmlichkeiten des Verfahrens“ geht es um Elementares: Um Detailregelungen, durch welche die Ansprüche auf rechtliches Gehör, auf anwaltlichen Beistand und auf ein faires Verfahren in die Praxis umgesetzt werden. Interpretiert man Art. 104 Abs. 1 GG in diesem Sinne, so ist eine Konstruktion unzulässig, durch welche ein förmliches Gesetz zwar die Freiheitsentziehung der Person autorisiert, die Regelung des *Verfahrens* der Freiheitsentziehung jedoch ausspart und dies einem anderen, „allgemeinen“ Gesetzesakt überlässt oder auf ein solches Gesetz verweist. Folgt man dieser Argumentation, so ist die bisher geübte Praxis des Gesetzgebers, die „Formen“ – also das Verfahren der Entscheidung über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung – durch Verweis auf das Freiheitsentziehungsgesetz von 1956 zu regeln, zumindest verfassungsrechtlich bedenklich. Wenn der Verfassungsgeber in Art. 104 Abs. 2 S. 4 GG vorgesehen hat, dass „das Nähere gesetzlich zu regeln“ ist, so meint er – wie sich aus der Zusammenschau mit Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG ergibt – damit jenes förmliche Gesetz, welches die *materiellen Grundvoraussetzungen* der Freiheitsentziehung normiert. Der Gesetzgeber eines „Gefährder“-Gesetzes müsste dies beachten.

## 2. Vereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 1 c) EMRK (Zweckbindung; Verdachtsgrad und Verdachtsgegenstand)?

Ein solches Gesetz müsste nach deutschem Verfassungsrecht den Erfordernissen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechen. Diesbezüglich gelten erhöhte Anforderungen; insbesondere darf die Freiheit der Person als besonders hohes Rechtsgut nur aus „besonders gewichtigen Gründen“ eingeschränkt werden.<sup>89</sup> Doch ist dieses Raster noch relativ grob; der Zweck der Verhinderung bevorstehender, verheerender Terroranschläge dürfte, da es um den Schutz der Allgemeinheit vor schweren Straftaten geht, die Hürde des „besonders gewichtigen Grundes“ für die Anordnung von Präventivhaft leicht nehmen.<sup>90</sup>

Zentral ist daher die Frage, ob Art. 5 Abs. 1 EMRK enge Voraussetzungen aufstellt. Ließe die Konvention – von den oben unter IV. erörterten Formen abgesehen – ein Konzept der Präventivhaft zu, das an den Begriff des „Gefährders“ anknüpfte? Hielte man auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des EuGHMR eine polizeiliche Präventiv-

haft überhaupt für zulässig<sup>91</sup>, so gälte es freilich eine entscheidende Engführung zu beachten: Die Haft müsste durch den Zweck der Verhinderung einer *bevorstehenden konkreten* Straftat legitimiert sein.<sup>92</sup> Art. 5 Abs. 1 c) 2. Alt. gibt den Mitgliedstaaten nur eine Maßnahme für den Zweck an die Hand, die Begehung einer „konkreten und spezifischen“ Straftat zu verhindern.<sup>93</sup> Ausdrücklich distanziert hat sich der Gerichtshof nämlich von einer Politik der im *Vorfeld* eines konkreten Tatbegehungsverdachts ansetzenden „generalpräventiven“ Inhaftierung; für sie ist typisch, dass sie sich gegen den Einzelnen oder gegen eine bestimmte Kategorie von Personen – wie z.B. Mafia-Mitglieder oder IRA-Angehörige – richtet, weil diese (aufgrund von Zugehörigkeitsmerkmalen) als Gefahr gesehen werden wegen der Annahme einer fortdauernden *Neigung*, Straftaten begehen zu wollen.<sup>94</sup> Dass der Betroffene eine *danger to society* ist, genügt also nicht.<sup>95</sup> In diese Kategorie eines unzulässigen<sup>96</sup> generalpräventiven Konzepts dürfte nun allerdings ein Präventivhaft-Gesetz fallen, das an den eingangs vorgestellten Begriff des „Gefährders“ anknüpft. Denn der Begriff setzt gerade nicht voraus, dass die betreffende Person der Bereitschaft zu einer *konkreten* Tatbegehung verdächtigt wird. Dies führt dann allerdings zu dem Befund, dass ein „Gefährder“-Gesetz, das die Anordnung von Präventivhaft im Vorfeld eines konkreten Tatbegehungsverdachts legitimierte, mit Art. 5 EMRK nicht vereinbar wäre.<sup>97</sup>

<sup>91</sup> Dazu oben IV.

<sup>92</sup> EuGHMR, *Guzzardi v. Italy*, Urt. v. 6.11.1980, A Nr. 39, EuGRZ 1983, 633 (640); *Gollwitzer* (Fn. 52), Art. 5 MRK Rn. 70; *Friedersen/Petersen*, NordÖR 2005, 516 (517 f.); *Anders Macken*, Int. J. of Human Rights 2006, 195 (200 ff.).

<sup>93</sup> EuGHMR, *Guzzardi v. Italy*, Urt. v. 6.11.1980, Rn. 102 (“it is not adapted to a policy of general prevention directed against an individual or a category of individuals who, like *mafiosi*, present a danger on account of their continuing propensity to crime; it does no more than afford the Contracting States a means of preventing a concrete and specific offence”); *Ciulla v. Italy*, Urt. v. 22.2.1989, A Nr. 148, Rn. 40; dazu *Trechsel*, in: MacDonald/Matscher/Petzold (Hrsg.), *The European System for the Protection of Human Rights*, 1993, S. 304.

<sup>94</sup> EuGHMR, *Guzzardi v. Italy*, Urt. v. 6.11.1980, Rn. 102; bestätigt in *Ciulla v. Italy*, Urt. v. 22.2.1989, Appl. No 11152/84, Ziff. 40. Vgl. auch *Lawless v. Ireland*, Urt. v. 1.7.1961, Appl. No 332/57, Ziff. 14, veröff. in *Golsong/Petzold/Furrer* (Fn. 66), S. 22 ff.; zum *Lawless*-Verfahren ausführlich *Maguire*, J. of the Oxford University History Society 2, 2004. Gegen die Zulässigkeit einer „generalpräventiven“ Haftkonzeption auch *Meyer-Ladewig*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Handkommentar, 2003, Art. 5 Rn. 16; *Friedersen/Petersen*, NordÖR 2005, 516 (518). Anders, auf fragwürdiger Argumentationsgrundlage, *Macken*, Int. J. of Human Rights 2006, 195.

<sup>95</sup> EuGHMR, *Ciulla v. Italy*, Urt. v. 22.2.1989.

<sup>96</sup> So auch *Renzikowski* (Fn. 67), Art. 5 Rn. 179.

<sup>97</sup> Ähnlich wohl *Friedersen/Petersen*, NordÖR 2005, 516 (518).

<sup>89</sup> BVerfGE 22, 180 (219); 70, 297 (307); 90, 145 (172); *Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz*, Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 2 Rn. 243.

<sup>90</sup> Zu den „gewichtigen Gründen“ gehören nach BVerfGE 22, 180 (219); 70, 297 (307), „in erster Linie die des materiellen Strafrechts und Strafverfahrens“, hierbei gehe es um den „Schutz der Allgemeinheit“.

3. Möglichkeit einer Derogation von Art. 5 Abs. 1 c) nach Art. 15 EMRK

Sollte es gleichwohl verabschiedet werden, bedürfte es einer Derogation von Art. 5 Abs. 1 c) auf der Grundlage von Art. 15 EMRK. Die Derogation ist an enge Voraussetzungen geknüpft: Das Leben der Nation müsste „durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand bedroht“ sein. Von der Konvention abweichende Maßnahmen sind allerdings auch dann nur zulässig, „soweit es die Lage unbedingt erfordert und wenn die Maßnahmen nicht im Widerspruch zu den sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vertragsparteien stehen“.<sup>98</sup> Diese Voraussetzungen sind eng auszulegen. Gemäß Art. 15 Abs. 3 EMRK ist der Generalsekretär des Europarats schnellstmöglich zu unterrichten (Notifikation).<sup>99</sup> Eine Kontrolle durch den EuGHMR findet statt.<sup>100</sup> Die Frage, welche Anforderungen im Einzelnen gegeben sein müssen, damit die Existenz einer Gefahr terroristischer Anschläge für ausreichend erachtet wird, um eine Derogation zu begründen, erforderte eine genauere Analyse der EuGHMR-Rechtsprechung wie auch der Entscheidung des britischen House of Lords (2004)<sup>101</sup>, die über den hier gesteckten Rahmen hinausgeht. Dabei geht es auch um die Frage, wieviel Beurteilungsspielraum den Mitgliedstaaten hinsichtlich des Vorliegens einer Notstandssituation konventionsrechtlich zugebilligt wird.<sup>102</sup>

4. Verbleibende Anforderungen aus Art. 5 Abs. 3 EMRK (Recht auf gerichtliches Untersuchungsverfahren oder Entlassung)

Abgesehen davon, dass es eine Derogation von den Grundrechtsbestimmungen der Verfassung auch im Notstandsfall nicht gibt<sup>103</sup> und daher stets die Voraussetzungen von Art. 104 GG – insbesondere die Anforderungen an das Verfahren – beachtet werden müssten<sup>104</sup>, stellte sich bei Erlass eines „Gefährder“-Gesetzes die Frage, ob auch eine Derogation

von Art. 5 Abs. 3 EMRK in Betracht käme. Dass auch hierfür eine „unbedingte Erforderlichkeit“ i.S.v. Art. 15 EMRK begründet werden könnte, erscheint besonders fraglich, doch bedürfte dies jedenfalls einer gesonderten Untermauerung; ein Automatismus dergestalt, dass bei Derogation von Art. 5 Abs. 1 c) (betreffend die Eingriffsvoraussetzungen) automatisch auch Abs. 3 (betreffend das Verfahren bei Freiheitsentziehung) erfasst wird, existiert jedenfalls nicht.

Nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 muss „jede Person, die nach Abs. 1 Buchstabe c) von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist“, „unverzüglich einem Richter oder einer anderen gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person vorgeführt werden; sie hat Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist oder auf Entlassung während des Verfahrens.“ Dieser Befund ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Art. 5 Abs. 3 mit Abs. 1 c) EMRK, die nach der Rechtsprechung des EuGHMR als Einheit gelesen werden müssen. Jeder Inhaftierte muss danach – erstens – einen Anspruch auf richterliche Vorführung nach Festnahme für den Fall der Aufrechterhaltung der Haft haben; und – zweitens – genießt er (von der auf die Vorführung ergehenden Entscheidung unabhängig) einen Anspruch auf ein „Urteil“.<sup>105</sup> Aus diesem Normtext von Art. 5 Abs. 3 EMRK entstehen freilich noch ungelöste Fragen hinsichtlich der genauen Bedeutung für die Variante der Präventivhaft. Dies deshalb, weil der Begriff des „Urteils“ nicht auf die 2. Alternative von Art. 5 Abs. 1 c) – die Präventivhaft – zu passen scheint. Ein „Urteil“ setzt nach rechtsstaatlichen Maßstäben eine eingehendere gerichtliche Untersuchung mit kontradiktorischer Beweiserhebung voraus; die englische Fassung spricht insofern, korrekter als die deutsche Übersetzung, von „trial“ („shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial“)<sup>106</sup>. Gewiss, dieser Normtext ist primär auf das Strafverfahren bezogen. Dass er für das Verfahren einer Präventivhaft modifiziert werden müsste, hat man möglicherweise übersehen. Indessen macht es durchaus Sinn, dieses Erfordernis auch auf Fälle der Präventivhaft zu erstrecken.<sup>107</sup> So wie das Zusammenspiel mit Art. 5 Abs. 1 c) gestaltet ist, sprechen nicht nur der Normtext und die Systematik, sondern auch die Zwecksetzung eines möglichst engmaschigen gerichtlichen Freiheitsschutzes dafür, neben dem Anspruch auf richterliche Vorführung<sup>108</sup> auch den „trial“-Anspruch auf Fälle der Präventivhaft anzuwenden. Dies kann in dem Sinne geschehen, dass ein Gerichtsverfahren geschaf-

<sup>98</sup> Übersetzung i.d. Fassung der Bek. v. 17.5.2002, BGBl. II, S. 1054.

<sup>99</sup> Näher Gollwitzer (Fn. 52), Art. 15 MRK Rn. 5.

<sup>100</sup> Meyer-Ladewig (Fn. 94), Art. 15 Rn. 3.

<sup>101</sup> A (FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department, 2004, UKHL 56.

<sup>102</sup> Zum Beurteilungsspielraum der Staaten Meyer-Ladewig (Fn. 94), Art. 15 Rn. 5; für eine Doktrin des „moderaten Beurteilungsspielraums“ („moderate margin doctrine“) Macken, Terrorism as a state of emergency in international law (Konferenz-Papier, Anzsil 2005 Conference, Canberra/Aus., abrufbar unter <http://law.anu.edu.au/cipl/Conferences&SawerLecture/05%20ANZSIL%20Papers/Macken.pdf>).

<sup>103</sup> Jarass, in: ders./Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 7. Aufl. 2004, Art. 115a Rn. 1; vgl. auch Pieroth, in: ders./Jarass (a.a.O.), Art. 79 Rn. 10; Windthorst, in: Sachs (Fn. 89), Art. 91 Rn. 2; vgl. auch Robbers, in: Jarass/Pieroth (a.a.O.), vor Art. 115a Rn. 8.

<sup>104</sup> Degenhart, in: Sachs (Fn. 89), Art. 104 Rn. 14 f.; Jarass (Fn. 103), Art. 104 Rn. 5; Versteyel, in: von Münch/Kunig (Fn. 87), Art. 115c Rn. 7.

<sup>105</sup> Grundlegend Lawless v. Ireland, Urt. v. 1.7.1961, A Nr. 3, Rn. 14 („paragraph 1c of Art. 5 can be construed only if read in conjunction with para. 3 of the same article, with which it forms a whole“; „[o]nce a person is arrested or detained he shall be brought before a judge and shall be entitled to trial within a reasonable time“; Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>106</sup> Hervorhebung hinzugefügt. Dazu auch Friedersen/Petersen, NordÖR 2005, 516 (518).

<sup>107</sup> Ablehnend wohl Macken, Int. J. of Human Rights 2006, 195 (213 f.).

<sup>108</sup> Gollwitzer (Fn. 52), Art. 5 Rn. 70a.

fen werden müsste, in welchem in einer kontradiktorischen Hauptverhandlung unter Wahrung voller Verteidigungsrechte das Bestehen einer vom Betroffenen ausgehenden Verbrechensgefahr umfassend geklärt wird.

#### **VI. Fazit**

Eine generalpräventiv konzipierte Präventivhaft, die sich gegen sogenannte „Gefährder“ richtete, wäre mit der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht vereinbar. Ihre Einführung setzte eine Außerkraftsetzung von Art. 5 Abs. 1 c) EMRK voraus. Eine solche Derogation wäre nur unter den engen Voraussetzungen eines Krieges oder öffentlichen Notstands möglich (Art. 15 EMRK). Selbst für diesen Fall ergibt sich sowohl aus Art. 104 GG wie auch aus Art. 5 Abs. 3 EMRK, dass der von Präventivhaft Betroffene einen Anspruch hat, unverzüglich einem Richter vorgeführt zu werden. Darüber hinaus kann aus Art. 5 Abs. 3 EMRK geschlossen werden, dass (für den Fall einer Derogation von Art. 5 Abs. 1c) bei Fortdauer der Inhaftierung eine gerichtliche Untersuchung eröffnet werden müsste, die zum Gegenstand hat, die gegen den Betroffenen vorliegenden Verdachtsgründe unter Wahrung seiner Verteidigungsrechte eingehender zu untersuchen.