

Der Terrorist als Feind?

Herausgegeben von
ANDREAS KULICK und
MICHAEL GOLDHAMMER

*Beiträge zum Sicherheitsrecht
und zur Sicherheitspolitik*

5

Mohr Siebeck

Beiträge zum Sicherheitsrecht
und zur Sicherheitspolitik

herausgegeben von

Jan-Hendrik Dietrich, Klaus Ferdinand Gärditz
und Kurt Graulich

5



Der Terrorist als Feind?

Personalisierung im Polizei- und Völkerrecht

herausgegeben von
Andreas Kulick und
Michael Goldhammer

Mohr Siebeck

Andreas Kulick ist im WS 2019/2020 Lehrstuhlvertreter an der Universität zu Köln.

Michael Goldhammer ist im WS 2019/2020 Lehrstuhlvertreter an der Universität Freiburg i. Br.

Gedruckt mit Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung.

ISBN 978-3-16-158982-9 / eISBN 978-3-16-158983-6

DOI 10.1628/978-3-16-158983-6

ISSN 2568-731X / eISSN 2569-0922 (Beiträge zum Sicherheitsrecht und zur Sicherheitspolitik)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort der Herausgeber

Was ist ein Terrorist? Ist er Feind, „enemy combatant“, Störer, Gefährder? Die Folgen dieser Kategorisierungen sind gravierend. Dies zeigt sich in den letzten Jahren immer deutlicher, wenn Politik, Gerichte und Rechtswissenschaft darum ringen, die Grenzen nationaler wie internationaler Standards auszuloten, wenn sich die Terrorismusabwehr gezielter Personalisierungsstrategien bedient. Und obwohl die Freund-Feind-Dichotomie zu den klassischen Fragen des Rechts und der politischen Theorie gehört, fällt eine Antwort zunehmend schwer – zu sehr führen die verschiedenen Disziplinen heute Partikulardiskurse und zu sehr irritieren jüngere Entwicklungen gefestigte Dogmatiken.

Das Projekt, das mit der Veröffentlichung des vorliegenden Bandes seinen Abschluss findet, wurde von dieser Beobachtung angetrieben. Ohne vielseitige Unterstützung wäre es nicht durchführbar gewesen. Zunächst möchten wir daher der Fritz Thyssen Stiftung unseren ganz herzlichen Dank aussprechen. Ihre finanzielle und logistische Förderung hat die Tagung „Der Terrorist als Feind? Personalisierungstendenzen im Polizei- und Völkerrecht“, die am 3. und 4. Mai 2019 in Köln stattfand, erst ermöglicht. Die Beiträge dieses Buches sind aus den Vorträgen der Referentinnen und Referenten hervorgegangen und greifen die engagierte Diskussion im Rahmen der Konferenz auf. Ihre Publikation in vorliegendem Band wäre nicht möglich gewesen ohne die ebenso großzügige Übernahme der Druckkosten durch die Fritz Thyssen Stiftung. Ebenfalls danken wir den Herausgebern der Reihe „Beiträge zum Sicherheitsrecht und zur Sicherheitspolitik“ für die Aufnahme in das Programm.

Weiterhin gilt unser besonderer Dank Herrn Richter des Bundesverfassungsgerichts Professor Dr. Andreas Paulus, der nicht nur die Kölner Tagung mit einem Impulsvortrag zur Rechtsprechung des BVerfG zur Terrorismusabwehr bereichert hat, sondern diesen Band auch mit einem Geleitwort eröffnet. Ferner danken wir Herrn wiss. Mit. Christoph Fischer für seine tatkräftige organisatorische Unterstützung im Vorfeld und während der Tagung.

Ganz besonders sind wir aber unseren Autorinnen und Autoren dankbar. Ihre Bereitschaft, sich auf die Herausforderungen des intradisziplinären Dialogs einzulassen, war essentiell für das Gelingen dieses Projekts. Wir sind davon überzeugt, dass die Früchte ihrer in diesem Band publizierten Forschungsarbeit wichtige Diskussionsbeiträge zu den drängenden Fragen des Sicherheitsrechts leisten und die weitere Debatte vorantreiben werden.

Freiburg i. Br./Köln
im Oktober 2019

Andreas Kulick
Michael Goldhammer

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber	V
-----------------------------------	---

Kapitel 1: Einführung

<i>Andreas Paulus</i> Der Terrorist als Feind? Geleitwort	1
--	---

<i>Michael Goldhammer/Andreas Kulick</i> Der Terrorist als Feind?	7
--	---

Kapitel 2: Der Feind – Theorie des Terrorismus und des Terroristen

<i>Klaus Ferdinand Gärditz</i> Braucht das Recht eine Theorie des Terrorismus?	23
---	----

<i>Nahed Samour</i> Politisches Freund-Feind-Denken im Zeitalter des Terrorismus	49
---	----

Kapitel 3: Rechtsstaat und Völkerrecht – der Rahmen der Terrorabwehr

<i>Markus Möstl</i> Staatsaufgabe Sicherheit in Zeiten des Terrorismus – der rechtsstaatliche Rahmen	67
--	----

<i>Tilmann Altwicker</i> Der Terrorist im transnationalen Sicherheitsrecht	83
---	----

Kapitel 4: Wer ist Terrorist?

Tristan Barczak

Terrorismus als Rechtsbegriff – Reflexionen über Migration, Ambivalenz
und Entgrenzungspotential einer politischen Vokabel 99

Christina Binder/Verena Jackson

Wer ist Terrorist im internationalen Recht? 123

Kapitel 5: Die personale Terror-Prognose

Matthias Bäcker

Von der Gefahr zum „Gefährder“ 147

Björn Schiffbauer

Selbstverteidigung, „imminent armed attack“ und Prognose im Völkerrecht 167

Thomas Wischmeyer

Predictive Policing – Nebenfolgen der Automatisierung von Prognosen
im Sicherheitsrecht 193

Kapitel 6: Erforschung, Überwachung und Eingriff

Benjamin Rusteberg

Informationsherrschaft durch Polizei und Nachrichtendienste –
Zur Notwendigkeit eines neuen Trennungsgebots 215

Paulina Starski

Terrorismusabwehr durch imperative Maßnahmen – „Targeted Killings“ . . 237

Andrea Kießling

Die aktionelle Maßnahme im Vorfeld – Voraussetzungen und Grenzen
im Lichte aktueller Gesetzesänderungen 261

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren 285

Der Terrorist als Feind?

Geleitwort

*Andreas Paulus**

Die hier versammelten Beiträge behandeln ein Thema, das spätestens seit dem 11. September 2001 die Welt im Atem hält und dabei traditionelle staatliche wie völkerrechtliche Rechtsinstrumente in Frage stellt. Die Zivilisierung der „internationalen Gemeinschaft“ scheint an ihr Ende gekommen. In der Figur des Terroristen – viel seltener der Terroristin – galvanisieren sich gleichsam die Herausforderungen an das klassische völkerrechtliche Gewaltverbot und das Recht der Kriegführung¹ ebenso wie an die polizeirechtlichen Kategorien von Gefahr und Störer. Der Terrorist des 21. Jahrhunderts ist kein Staat und leitet sich auch von keinem ab, will aber – wie seine Vorläufer im 20. Jahrhundert – sehr wohl als Kriegführender anerkannt und sogar privilegiert werden. Während im 20. Jahrhundert die meisten Staaten diesen Gefallen Terroristen noch nicht taten, sondern sie als schlichte Kriminelle behandelten, nutzen viele im 21. Jahrhundert die Designation von mutmaßlichen Terroristen als „feindliche Kombattanten“, um sich von den menschen- und humanitärrechtlichen Eingrenzungen der Kriegführung gegen sie zu befreien. Die auch von den zögerlichen Europäern anscheinend nunmehr akzeptierte Zulässigkeit „naturgegebener“ Selbstverteidigung gegen Terroristen² wirft die Frage auf, ob und ab wann durch Terroranschläge ein interner oder gar ein internationaler bewaffneter Konflikt mit ihnen als „feindlichen Kämpfern“ entsteht.³

Der „Krieg gegen den Terror“ wurde so zum „Krieg gegen den Terroristen“, der sich auf keinen Rechtsschutz mehr berufen können sollte – so führte auch die westliche Führungsmacht vor den staunenden Ohren der Weltöffentlichkeit

* Richter des Bundesverfassungsgerichts (Erster Senat); Ko-Direktor des Instituts für Völker- und Europarecht der Georg-August-Universität Göttingen. Die Auffassungen in diesem Vorwort geben ausschließlich die persönlichen Auffassungen des Verfassers wieder.

¹ Vgl. bereits A. Cassese, *Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*, EJIL 12 (2001) 993.

² Siehe dazu jetzt BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September 2019 – 2 BvE 2/16 –, Rn. 4951 m. w. N., http://www.bverfg.de/e/es20190917_2bve000216.html.

³ Vgl. dazu ausführlich L. Cameron et al., in: ICRC Commentary on the First Geneva Convention (hrsg. Dörmann et al., Cambridge UP 2016), Art. 3 para. 482; A. Paulus/M. Vashakmadze, *Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization*, ICRC Rev. 91 (2009) 95 (108 ff.); je m. w. N.

eine Diskussion über die (Wieder-)Einführung der Folter in Form des „water boarding“ – obwohl sie diese Gleichsetzung selbst ganz offiziell bestritt.⁴ Wenn auch am Ende das Folterverbot bekräftigt wurde,⁵ ist der Zivilisationsbruch deutlich zu spüren: Aus der Beschränkung des Staates durch Menschenrechte wird die Entgrenzung des bewaffneten Konflikts. Erfolgreicher war die Neuorientierung des klassischen Kriegsrechts insofern, als der Staat das Recht der Inhaftierung „feindlicher Kombattanten“ in Anspruch nahm, gleichzeitig diesen aber nicht denjenigen Schutz angedeihen lassen wollte, der Kombattanten klassischerweise zukommt, und den für Zivilisten erst recht nicht. Inhaftierung ohne Prozess auf Guantánamo über drei Präsidentschaften hinweg ist die Folge, ohne dass ein Ende absehbar wäre.

Gleichzeitig wird durch die Gegenüberstellung von internationalem Recht einerseits und nationalem Polizeirecht andererseits in diesem Band deutlich, wie stark die nationale und die internationale Rechtsordnung aufeinander bezogen sind. Das Bundesverfassungsgericht spricht zwar bereits seit der unter tragischen Umständen erlassenen Schleyer-Entscheidung während der „bleiernen Zeit“ des einheimischen, aber durchaus international vernetzten RAF-Terrorismus vom „Terroristen“;⁶ hat sich aber erst seit neuestem dazu durchgerungen, unter Berufung auf die internationalen Definitionsversuche eine genauere Eingrenzung des Terrorismusbegriffs vorzunehmen und sich dabei überwiegend auf das Strafrecht und die Aufzählung in § 129a StGB gestützt. Das Plenum hielt das Ziel der Terrorismusbekämpfung allein nicht für ausreichend, um ohne Grundgesetzänderung die Verwendung militärischer Mittel in besonders schweren Unglücksfällen gem. Art. 35 GG zuzulassen, sondern forderte – gegen den Einspruch des Richters Gaier, der auch dies für unzulässig hielt⁷ – dafür „Ereignisse von katastrophischen Dimensionen“.⁸ Hier hat also eine Wendung von der Tat zum Täter, vom Terrorismus als Summe der Tatbestände in § 129a StGB zum Gefährder des § 58a AufenthG, noch nicht stattgefunden; die für den Einsatz militärischer Mittel im Rahmen des Art. 35 Abs. 2 GG erforderliche Gefahr wird sogar noch erhöht.

⁴ Siehe insbesondere *J.S. Bybee*, Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A, 1. August 2002, in: K. J. Greenberg/J. L. Dratel (Hg.), *The Torture Papers. The Road to Abu Ghraib* (Cambridge UP 2005).

⁵ Siehe Army Field Manual 2 22.3 (FM 2-22.3), Human Intelligence Collector Operations, 5-74-5-77; ausgeweitet auf die Geheimdienste durch Präsident Obamas Executive Order 13491, Ensuring Lawful Interrogations, 22. Januar 2009, Sec. 3 (b); siehe jetzt auch Section 1045 des National Defense Authorization Act For Fiscal Year 2016 (Public Law 114-92-Nov 25, 2015), Limitation of Interrogation Techniques, 129 Stat. 726, 977-979, 42 USC 2000dd-2.

⁶ BVerfGE 46, 160 (164); siehe auch BVerfGE 49, 24 (59) – Kontaktsperre; 80, 315 (338); 81, 142 (152) – Abgrenzung zur politischen Verfolgung.

⁷ BVerfGE 132, 1 (26, Rn. 64), abw. M. Gaier.

⁸ BVerfGE 132, 1 (17 Rn. 43).

Erst in den Urteilen zum Antiterrordatei-Gesetz⁹ und vor allem zum BKA-Gesetz¹⁰ hat sich nunmehr der Erste Senat – letztlich vom Grundgesetzgeber gezwungen (vgl. Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG) – dazu durchgerungen, nicht nur den Begriff des Terrorismus in Anlehnung an die international sehr breit diskutierte, aber noch nicht verabschiedete Begrifflichkeit näher zu umschreiben, allerdings ohne eine präzise Definition anzuführen, weil aus dem Begriff allein keine Rechtsfolgen abgeleitet werden könnten:

„Zwar ist der Begriff des ‚Terrorismus‘ nicht aus sich heraus eindeutig. Das Antiterrordatei-gesetz orientiert sich jedoch ... an § 129a StGB und versteht hierunter konkret definierte, schwerwiegende Straftaten, die auf die Einschüchterung der Bevölkerung oder gegen die Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation gerichtet sind.“¹¹

Und weiter:

„Straftaten mit dem Gepräge des Terrorismus ... zielen auf eine Destabilisierung des Gemeinwesens und umfassen hierbei in rücksichtsloser Instrumentalisierung anderer Menschen Angriffe auf Leib und Leben beliebiger Dritter. Sie richten sich gegen die Grundpfeiler der verfassungsrechtlichen Ordnung und das Gemeinwesen als Ganzes. Es ist Gebot unserer verfassungsrechtlichen Ordnung, solche Angriffe nicht als Krieg oder als Ausnahmezustand aufzufassen, die von der Beachtung rechtsstaatlicher Anforderungen dispensieren, sondern sie als Straftaten mit den Mitteln des Rechtsstaats zu bekämpfen. Dem entspricht umgekehrt, dass der Terrorismusbekämpfung im rechtsstaatlichen Rahmen der Verhältnismäßigkeitsabwägung ein erhebliches Gewicht beizumessen ist.“¹²

Aufbauend auf einem Vorschlag der vier einen (kleinen) Teil des ATDG-Urteils nicht tragenden Richterinnen und Richter unter Berufung auf die Gesetzesbegründung¹³ hat der Erste Senat in seinem Urteil zum BKA-Gesetz weiter ausgeführt, die Bekämpfung des internationalen Terrorismus sei ein legitimes Ziel der neuen Polizeibefugnisse des Bundeskriminalamts:

„Der Begriff des internationalen Terrorismus ist dabei durch die Aufgabenbeschreibung des § 4a Abs. 1 BKAG und dessen Verweis auf § 129a Abs. 1, 2 StGB in enger Anlehnung an den EU-Rahmenbeschluss vom 13. Juni 2002 und die internationale Begrifflichkeit (ABl EU Nr. L 164 S. 3; Entwurf einer Allgemeinen Konvention zum internationalen Terrorismus, in: Measures to eliminate international terrorism, Report of the Working Group vom 3. November 2010, UN Doc. A/C.6/65/L.10) definiert und – in Übereinstimmung mit den Vorstellungen des verfassungsändernden Gesetzgebers bei Schaffung des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG (vgl. BTDrucks 16/813, S. 12) – auf spezifisch charakterisierte Straftaten von besonderem Gewicht begrenzt.“¹⁴

⁹ BVerfGE 133, 277 vom 24. April 2013.

¹⁰ BVerfGE 141, 220 vom 20. April 2016.

¹¹ BVerfGE 133, 277 (321 Rn. 106) – 2013 ATDG.

¹² BVerfGE 133, 277 (333 f. Rn. 133) – 2013 ATDG; ebenso BVerfGE 142, 101 (138 f. Rn. 125) – NSA-Selektorenlisten [Verweisungen ausgelassen].

¹³ BVerfGE 133, 277 (344 Rn. 156).

¹⁴ BVerfGE 141, 220 (266 Rn. 96).

Diese Charakterisierung dient als Grundlage für die Ausweitung des Gefahrbegriffs im Falle der sogenannten Gefährder, die aber auf terroristische Straftaten begrenzt sein soll. Ausdrücklich erlaubt die Verfassung demnach Überwachungsmaßnahmen,

„[i]n Bezug auf terroristische Straftaten, die oft durch lang geplante Taten von bisher nicht straffällig gewordenen Einzelnen an nicht vorhersehbaren Orten und in ganz verschiedener Weise verübt werden, ... wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird.“¹⁵

Inwieweit hierin überhaupt eine Abkehr von der polizeirechtlichen Eingriffsvoraussetzung einer „konkreten Gefahr“ zu sehen und ob eine Übertragung dieser Wendung von der Gefahr zum Gefährder auf das sonstige Polizeirecht verfassungsgemäß ist, wird in diesem Band an mehreren Stellen diskutiert; dazu kann ich mich hier nicht äußern. Jedenfalls für den Gefährder des § 58a Aufenthaltsgesetz¹⁶ hat dies eine Kammer des Zweiten Senats im Hinblick auf Bestimmtheit und Ermessenseinräumung gebilligt.¹⁷

Eindeutig wird in dieser Rechtsprechung, dass das deutsche Verfassungsrecht weder ein „Feindstrafrecht“ noch ein Sonderpolizeirecht für Terroristen unabhängig von ihrem individuellen Verhalten kennt, wohl aber die Bedrohung des Terrorismus verschiedener Provenienz ernst nimmt. Seine Bekämpfung wird für legitim erklärt, sie muss aber wie das sonstige Polizeirecht auch die allgemeinen Eingriffsvoraussetzungen des Grundgesetzes, insbesondere die Verhältnismäßigkeit der Mittel, beachten. Die Einführung eines übergesetzlichen, gar überverfassungsrechtlichen Notstands wird vom Bundesverfassungsgericht nicht einmal erwogen.

Bisher hat diese Grundlage getragen, trotz des Risikos, das der Rechtsstaat um der Freiheit willen eingeht, wenn er es auch zu minimieren suchen muss. Hierin liegt seine Stärke, nicht seine Schwäche. Um eine internationale Quelle anzuführen, die mit viel weitgehenderen terroristischen und militärischen Bedrohungen umzugehen gewohnt ist:

¹⁵ BVerfGE 141, 220 (272 Rn. 112).

¹⁶ § 58a Abs. 1 Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG), in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Februar 2008 (BGBl. I S. 162) lautet: „Die oberste Landesbehörde kann gegen einen Ausländer auf Grund 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. Die Abschiebungsanordnung ist sofort vollziehbar; einer Abschiebungsandrohung bedarf es nicht.“

¹⁷ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 24. Juli 2017 – 2 BvR 1487/17 –, Rn. 35 ff.

“This is the destiny of a democracy – it does not see all means as acceptable, and the ways of its enemies are not always open before it. A democracy must sometimes fight with one hand tied behind its back. Even so, a democracy has the upper hand. The rule of law and the liberty of an individual constitute important components in its understanding of security. At the end of the day, they strengthen its spirit and this strength allows it to overcome its difficulties.”¹⁸

Das schließt eine sorgfältige, auch gelegentlich harte Diskussion der Konsequenzen für den freiheitlichen Rechtsstaat und die Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger ausdrücklich ein. Ich kann die Lektüre der kontroversen Beiträge in diesem Band allen nahelegen, die darum ringen, wie die Gefahren des internationalen Terrorismus so erfolgreich abgewendet werden können, dass sich der demokratische Rechtsstaat mit seinen Bürgerinnen und Bürgern behaupten kann.

¹⁸ HCJ 5100/94 Public Committee Against Torture in Israel v. The State of Israel, Urteil vom 6. September 1999 (Barak, C.J.), para. 39.

Der Terrorist als Feind?

Michael Goldhammer und Andreas Kulick

I. Der Feind: Skandalisierung – Thematisierung – Bewältigung

Sicherheitsrecht, das sich an einer Freund-Feind-Systematisierung orientieren wollte, muss ideengeschichtlich mit gravierenden Fragen und verfassungsrechtlich mit heftigstem Widerstand rechnen. Die personalisierende Brandmarkung als „Feind“ ist zurecht verpönt.¹ Nicht in jeder Personalisierung liegt jedoch eine verkappte Freund-Feind-Unterscheidung. Das Polizeirecht enthält sich solcher Begriffe. Es kennt weder Freund noch Feind und für den Menschen interessiert es sich erst, wenn es ihm eine Gefahr zurechnen kann.² Der Mensch selbst – und sei es auch der „Feind“ – ist keine Gefahr. Diese liegt vielmehr erst in der Relation zu einem – nach Gefahrengraden und -typen unterschiedlich wahrscheinlichen – Schaden für ein Rechtsgut. In dieser Distanz zur Person liegt nicht nur der rechtsstaatliche Freiheitsgewinn. Sie zwingt vielmehr auch zur Rationalisierung eines Bereichs der Politik, der nicht selten von Irrationalität, Ängsten und Stimmungen beherrscht zu werden droht. Anders formuliert: In der aufwändigen Dogmatik der Gefahr liegt auch ein Beitrag zur Sachlichkeit. Obwohl das Recht also weder Feind noch Gefährder adressiert, gibt es aber doch Menschen, deren höchstpersönliche innere Haltung die Sicherheitspolitik durchaus interessieren darf. Das gilt für Rechtsextreme mit perfekter bürgerlicher Fassade ebenso wie für islamistische „Schläfer“.

Einem Freund-Feind-Denken zu entsagen heißt also nicht, vor diesen Problemen zu kapitulieren. Das eine zu tun, ohne das andere zu unterlassen, ist vielmehr das Kennzeichen des Sicherheitsrechts. Das macht die Sache aber nicht einfacher. Mit einem Freund-Feind-Denken täte man sich leichter. Sicherheitsrecht unter dem Grundgesetz und nach völkerrechtlichen Maßstäben ist dagegen ein schwieriges, gelegentlich mühseliges Geschäft. Es überlässt es den legislativen und exekutiven Akteuren, in Vorleistung zu treten, und beschränkt sich im Übrigen auf graduelle Parameter: Grund- und Menschenrechte, Über- und Untermaß, Bestimmtheit und Wesentlichkeit. Der originäre Beitrag des Rechts in der über-

¹ Vgl. dazu und zur Diskussion um ältere und jüngere Klassiker die Beiträge in diesem Band von *Klaus F. Gärditz*, S. 23 ff. und *Nahed Samour*, S. 49 ff.

² Deutlich etwa BVerfGE 133, 277 (334) [2013] – Antiterrordatei; ebenso m. w. N. die Beiträge in diesem Band von *Markus Möstl*, S. 67 ff., *Matthias Bäcker*, S. 147 ff., *Tristan Barczak*, S. 99 ff. und *Andrea Kießling*, S. 261 ff.

wölbenden sicherheitspolitischen Debatte ist gewissermaßen unvollständig, er liegt in der Herstellung professioneller Distanz, die nicht skandalisiert, sondern zu füllende Handlungsräume absteckt.

Die Autorinnen und Autoren in diesem Band stellen sich diesem schwierigen und herausfordernden Thema: schwierig, weil es eine Auseinandersetzung mit Gewalt erfordert, mit gefühlter oder tatsächlicher Bedrohung; herausfordernd, weil es dabei die Grenzen des modernen Rechtsstaats auslotet. Sie berühren einerseits das uralte Thema staatlicher Gewalt und ihrer Rechtfertigung:³ vom klassischen Widerstandsrecht, über den Leviathan bis hin zum heutigen Verständnis des gemeinschaftsgebundenen Trägers der Menschenwürde.⁴

Andererseits haben sich die Dimensionen des Terrors verschoben.⁵ Seit mehreren Jahrzehnten wird die internationale Gemeinschaft von verschiedenen Erscheinungsformen des Terrors in Atem gehalten – in organisierter Form, durch Trittbrettfahrer und verirrte Einzelkämpfer.⁶ Der Elefant im öffentlichen Raum hört dabei meist auf den Namen des islamistischen Terrorismus. Vergessen wir aber nicht terroristische Gewaltakte ganz anderer Provenienz: die Taten des NSU, von Anders Breivik in Norwegen oder den Anschlag in Christchurch (Neuseeland) im März 2019. Zu denken ist überdies an Probleme, die sich hinter dem Thema der Reichsbürger und ähnlicher identitärer Entwicklungen verbergen. Sie sind ein weiteres Beispiel dafür, wie sich Geisteshaltungen sukzessive nach außen manifestieren können, bis hin zum tödlichen Schusswaffengebrauch gegen Polizisten und Politiker.⁷

Darin liegen Phänomene, die die Sicherheitspolitik adressiert und die das Recht sehr aufmerksam verfolgen muss. National wie international feilen verschiedene Akteure an Maßstäben und Grenzen: vom Gesetzgeber, über die Gerichte bis zur Rechtswissenschaft. Das bleibt naturgemäß nicht immer ohne Spannung und das Forschungsprojekt, aus dem dieser Band hervorgeht, steht inmitten der Diskussion. Wir haben den Titel „Der Terrorist als Feind?“ gewählt, weil es eben nicht nur die klassische Diskussion über das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit ist,⁸ die

³ Siehe dazu jüngst *Thomas Vesting*, *Staatstheorie*, 2018, S. 76 ff.

⁴ Vgl. dazu in verschiedenen Konstellationen etwa BVerfGE 4, 7 (15) – Investitionshilfe [1954]; BVerfGE 109, 133 (151) – Sicherungsverwahrung [2004].

⁵ Für einen historischen Überblick siehe *Martin A. Miller*, *The Foundations of Modern Terrorism – State Society and the Dynamics of Political Violence*, 2013.

⁶ Siehe hierzu auch die Beiträge in *Gérard Chaliand/Arnaud Blin* (Hrsg.), *The History of Terrorism – From Antiquity to ISIS*, 2016, Part III: Terrorism since 1968 (S. 221 ff.).

⁷ Zu nennen sind hier u. a. die Tötung eines Bayerischen Polizisten im Oktober 2016 und die Tötung des Kasseler Regierungspräsidenten Walter Lübcke im Juni 2019.

⁸ Vgl. dazu klassisch *Thomas Hobbes*, *Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civil*, 1651. Siehe aus der jüngeren deutschen Literatur nur *Udo Di Fabio*, *Sicherheit in Freiheit*, NJW 2008, S. 421 ff.; *Andreas Voßkuhle*, *Das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit*, in: Heckmann/Schenke/Sydow (Hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit im Wandel – Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag*, 2013, S. 1101 ff. Zu den rechtsphilosophischen Grundlagen von Platon bis Hegel siehe *Kay Waechter*, *Sicherheit und Freiheit in der Rechtsphilosophie*, 2016.

wir aufgreifen wollen. Dem Projekt liegt vielmehr die Frage zu Grunde, ob man in jüngeren Entwicklungen nicht auch eine qualitative Verschiebung sehen könnte und diese folglich in der genannten sachlichen Distanz benennen und erklären müsste: auf internationaler Ebene eine Veränderung etablierter Kategorien des *ius ad bellum*, des *ius in bello* und des internationalen Menschenrechtsschutzes; auf nationaler Ebene eine Veränderung des liberalen, gefahrzentrierten Polizeirechts. Das ist wohlgemerkt die Frage und nicht schon ihre Antwort. Manche werden sie bejahen und nehmen die Flucht in neue Begrifflichkeiten, wie des „Gefährders“⁹ oder des „enemy combatant“¹⁰ als untrügliches Zeichen für eine solche Entwicklung. Mit guten Gründen wird man dem aber auch entgegenhalten können, dass darin nur eine Normalisierung arg strapazierter Maßstäbe des nationalen Gefahrenabwehrrechts bzw. des klassischen Völkerrechts liegt.¹¹

II. Ein intradisziplinärer Dialog – Terrorabwehr in Polizei- und Völkerrecht

Personalisierung zeigt sich nicht nur auf nationaler Ebene, sondern auch als internationales Phänomen. Das kann niemanden überraschen: Weder der Terrorist noch der Terrorismus richten sich nach den Grenzen der Jurisdiktion. Anders das Recht: es greift mit ganz unterschiedlichen Maßstäben auf ein und dasselbe Phänomen zu. So kann ein „Gefährder“ im Inland zugleich globaler „enemy combatant“ sein. Der heutige international vernetzte Terrorismus fordert das Polizeirecht damit ebenso heraus wie das Völkerrecht. Zwar unterscheiden sich die Maßstäbe, gleichwohl weisen die tatsächlichen Probleme Parallelen auf. Man denke nur an die ganz praktische Frage der Identifikation des Terroristen und der personalisierten Prognose.

Insofern verspricht der Dialog zwischen Polizei- und Völkerrecht Erkenntnisgewinne, die bislang an den Grenzen des Rechtsgebiets hängen geblieben sind. Bei der Klärung des Verhältnisses von Völkerrecht und Polizeirecht kann man sich aber mittlerweile nicht mehr nur auf die kategorialen Unterschiede der beiden Rechtsgebiete zurückziehen. Dass Völkerrecht und Polizeirecht zwei grundsätzlich getrennte Diskurse führen, hat zwar gute Gründe – zu unterschiedlich sind ihre Rechtsquellen, Bindungen und Akteure –, beide teilen jedoch einen gemeinsamen Realbereich, haben also sachliche und terminologische Schnittmengen. Sehr deutlich zeigt sich dies anhand der Migration von Begriffen und Konzepten.¹² So

⁹ Vgl. hierzu kritisch *Andreas Kulick*, Gefahr, „Gefährder“ und Gefahrenabwehrmaßnahmen angesichts terroristischer Gefährdungslagen, AöR 2018, Bd. 143, S. 175 (183 ff., 212).

¹⁰ Vgl. hierzu kritisch *Helen Duffy*, The War on Terror and the Framework of International Law, 2. Aufl. 2015, S. 410 ff.

¹¹ So vor allem *Markus Möstl* in diesem Band S. 67 ff.; vgl. dazu auch *Michael Goldhammer*, Die Prognoseentscheidung im Öffentlichen Recht, [Habilitationsschrift], i. E. (Mohr Siebeck 2020).

nehmen BVerwG und BVerfG zur Bestimmung des Terrorismusbegriffs Anleihen bei internationalen Terrorismusdefinitionen.¹³ Umgekehrt orientiert sich die Bestimmung der völkerrechtlichen „imminence“ zur antizipatorischen Selbstverteidigung gegen Terroristen als nicht-staatliche Akteure zum Teil am nationalen – insbesondere angloamerikanischen – Polizeirecht.¹⁴ Mit dem hier praktizierten Binnenrechtsvergleich betritt dieses Projekt Neuland, trifft in normativer Hinsicht aber auf einen enormen Bedarf. Ziel des Binnenrechtsvergleichs ist daher nicht die Generalisierung inkommensurabler Maßstäbe, sondern das bessere (Selbst-)Verständnis bzw. die kritische Reflexion. Mit anderen Worten: wenn zwischen nationalen und völkerrechtlichen Standards – vorsichtig formuliert – Asymmetrien deutlichen Ausmaßes bestehen, so muss das Fragen aufwerfen. Die Beiträge in diesem Band liefern beides: sie identifizieren Fragen, Brüche und Erklärungsbedarf und tragen zur Antwort bei.

III. Der Trend der Personalisierung

Personalisierung in der Terrorismusabwehr ist die Ausgangsthese unseres Projektes und dient zugleich als analytischer Rahmen. Sie ist weder Rechtsbegriff noch Tatbestandsmerkmal. Vielmehr handelt es sich um eine Beobachtung, die zur These erhoben wurde, um die der Band sich dreht – mit all den erwartbaren normativen Folgefragen: Teilt man die Personalisierungsthese, so muss man erklären, wie die darin liegende Spannung zu zentralen Grundannahmen beider Rechtsgebiete zu lösen ist. Lehnt man sie ab, so wäre zu begründen, wie sich dies zu der vielfach geteilten Beobachtung verhält, dass jedenfalls sehr praktisch an der Person angeknüpft wird.

Das gilt in unterschiedlicher Weise sowohl für nationales Recht wie für das Völkerrecht. Im Rechtsstaat sind Störer und Nichtstörer die tragenden Kategorien, nicht die Zuspitzung auf den Feind oder „Gefährder“. Das klassische Völkerrecht dachte lange Zeit nahezu ausschließlich in koordinationsrechtlichen Kategorien zwischenstaatlicher Verhältnisse.¹⁵ Auch wenn das Individuum und andere nichtstaatliche Akteure seit 1945 an Bedeutung gewonnen haben, gehörte es doch

¹² Vgl. dazu und m. w. N. *Tristan Barczak*, in diesem Band S. 99 ff.

¹³ Vgl. z. B. BVerwG, Urt. v. 25.10.2011, 1 C 13/10, Rn. 19 = BVerwG, NVwZ 2012, S. 701 (702 f.); BVerwG, Urt. v. 30.3.1999, 9 C 23/98 = BVerwG, NVwZ 1999, S. 1349 (1352); BVerfGE 80, 315 (338 f.) [1989]; BVerfGE 110, 33 (56 f.) [2004]; BVerfGE 141, 220 (266) – BKA-Gesetz [2016].

¹⁴ Vgl. *Daniel Bethlehem*, Self-Defense against an Imminent or Actual Armed Attack by Non-state Actors, *American Journal of International Law* 2012, S. 770 ff.

¹⁵ So auch als Postulat für die (damalige) Gegenwart und Zukunft des Völkerrechts; *Carl Schmitt*, *Der Nomos der Erde*, 1. Aufl. 1950, S. 112 ff. Klassisch in der Beschreibung eines Wandels des alten koordinationsrechtlichen Völkerrechtsregimes: *Wolfgang Friedmann*, *The Changing Structure of International Law*, 1964.