

Terror – Von der (Ohn-)Macht des Staates und der Rechtmäßigkeit von Handlungsalternativen

Herausgegeben von
JANA BRUNS,
TOBIAS GUMPP,
BICH-HUYEN NGUYEN
und NORA MOMMSEN

*Beiträge zum Sicherheitsrecht
und zur Sicherheitspolitik*

Mohr Siebeck

Beiträge zum Sicherheitsrecht und zur Sicherheitspolitik

herausgegeben von

Jan-Hendrik Dietrich, Klaus Ferdinand Gärditz
und Kurt Graulich

2



Terror – Von der (Ohn-)Macht des Staates und der Rechtmäßigkeit von Handlungsalternativen

Herausgegeben von

Jana Bruns, Tobias Gump, Nora Mommsen
und Bich-Huyen Nguyen

Mohr Siebeck

Jana Bruns, Rechtsreferendarin am Kammergericht Berlin, LL.M. in Commercial Law an der University of the West of England (Bristol), Studium der Rechtswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, ehemalige Stipendiatin des Cusanuswerks.

Tobias Gump, Studium der Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität und dem Trinity College Dublin, Stipendiat der Studienstiftung des deutschen Volkes und des Cusanuswerks, studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht (Prof. Dr. Rüdiger Veil).

Nora Mommsen, Studium der Rechtswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und der Universität Bordeaux sowie an der SciencePo Bordeaux, Stipendiatin des Cusanuswerks.

Bich-Huyen Nguyen, Studium der Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin und der Keio University Law School (Tokyo), Stipendiatin des Cusanuswerks.

ISBN 978-3-16-156878-7 / eISBN 978-3-16-156879-4

DOI 10.1628/978-3-16-156879-4

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.

© 2019 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 Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Wenige Themen können mit derartiger Traurigkeit auf die Relevanz derselben blicken wie die Terrorismusforschung. Umso mehr gilt es, wider die einstweilen emotional geführten Debatten eine sachliche wissenschaftliche Diskussion anzustreben, um fundamentale Fragen von der Erfassung des Problems in rechts- und politikwissenschaftlicher Hinsicht, dem Zusammenspiel von Freiheit und Sicherheit bis hin zu konkreten verfassungsmäßigen Schranken bestimmter Handlungswege kohärent zu erfassen.

Die von den *Herausgebern* als Vorstand der Fachschaft Jura des Cusanuswerks veranstaltete Tagung widmete sich ebendiesen Leitfragen in neun Vorträgen vom 10. bis 13. November 2017 in Bonn (hierzu ausführlich *Reichel*, JZ 2018, 1095 f.). Vorliegender Tagungsband reflektiert in schriftlicher Ausarbeitung zentrale Vorträge und Diskussionen der Tagung. Um das Kernthema des Terrorismus oszillierend, werden einerseits *theoretische* Perspektiven eingenommen, insbesondere durch Kontur der rechtstheoretischen Problematik eines „Feindstrafrechts“, rechtsvergleichender Analyse zum U.K., politikwissenschaftlicher Diskussion des Begriffs des Terrorismus sowie soziologische Aspekte politischer Gewalt; andererseits ergänzt durch *praktische* Blickwinkel, etwa durch konkrete verwaltungsrechtliche Kostenerwägungen, Polizeipraxis und Reflexionen über Medienauswirkungen.

Wir danken sehr, dass die Referierenden schriftliche Ausarbeitungen ihrer Vorträge zur Verfügung gestellt haben. Ferner gilt für die Tagung besonderer Dank der Geschäftsstelle des Cusanuswerks und Herrn *Daniel Wolff*, die uns durch Rat und Tat beiseite standen. Für die sehr großzügigen Spenden, ohne die eine Drucklegung des Bandes nicht möglich gewesen wäre, danken wir ganz herzlich Herrn RA *Rick van Aerssen* (Freshfields Bruckhaus Deringer), Frau RAin Dr. *Meiko Dillmann* (ARQIS), Herrn RA Dr. *Christian Reichel* (Baker McKenzie) sowie Herrn RA Prof. Dr. *Joachim Schrey* (Noerr). Zudem gilt besonderer Dank auch dem Verlag Mohr Siebeck, insbesondere Frau *Daniela Taudt*, LL.M. Eur., sowie den Herausgebern der Reihe *Beiträge zum Sicherheitsrecht und zur Sicherheitspolitik (SRSP)* für die Aufnahme.

Berlin,
München,
Bordeaux,
Berlin, August 2018

Jana Bruns
Tobias Gump
Nora Mommsen
Bich-Huyen Nguyen

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Tobias Gump</i>	
Terror?	1
<i>Andreas Bock</i>	
Die Negation staatlicher Herrschaft. Terrorismus und die Rechtfertigung der Folter	5
<i>Helgo Martens</i>	
Polizeiliche Intervention und finaler Rettungsschuss in Zeiten des Terrors – im Grenzbereich von Taktik, Recht und Moral ...	23
<i>Günther Jakobs</i>	
Feindstrafrecht	71
<i>Frank Saliger</i>	
Feindstrafrecht und Terrorismusbekämpfung	79
<i>Jana Bruns</i>	
Diskussionsbericht: Ethik und Terror in Zeiten medialer Präsenz	87
<i>Anneke Petzsche</i>	
Freiheitsentzug und -beschränkungen als Antwort auf die terroristische Bedrohung in Europa – unbefristeter Präventiv- gewahrsam in Bayern und die Nutzung von Exekutivrecht zur Terrorismusbekämpfung in England und Wales als rechtliche Handlungsalternativen?	91
<i>Fabian Wittreck</i>	
Wer trägt die Kosten und Lasten der Terrorabwehr?	119

*Daniel Witte*Terrorismus – Staatsräson – *prudentia iuris*:Über die Soziologie politischer Gewalt und die Grenzen der juristischen
Vernunft 143

Autorenverzeichnis 167

Sachregister 169

Terror?

Tobias Gump

I. Einleitung

Beantworten Sie bitte, bevor Sie weiterlesen, folgende Aufgabe.

- a. Wie viele Minuten verbringen Sie durchschnittlich in Sorge um Terrorismus?
- b. Wie viele Minuten verbringen Sie durchschnittlich in Sorge darum, einem Autounfall zu erliegen?

Ökonomen sprechen hierbei von Opportunitätskosten¹: Die Kosten jeder Aktion sind der verlorene Nutzen der nächstbesten Verwendungsmöglichkeit, sprich, die für Sie nutzenmaximierendste andere Möglichkeit, die Zeit zu verwenden statt sie in Sorge um Terrorismus oder Autounfälle zu verbringen².

Vermutlich befinden Sie sich längere Zeit in Sorge um Terrorismus (a.) als um Autounfälle (b.). (Nicht zuletzt könnten auch Sie zu den 80 % der Autofahrenden zählen, die laut Selbsteinschätzung besser als der Durchschnitt fahren, und mithin frei von Autounfallsorgen sein.³)

Wie Ihnen spätestens jetzt jedoch klar sein wird: rational ist diese Zeit- und damit Ressourcenverteilung nicht, da die tatsächliche Wahrscheinlichkeit für einen Todesfall durch eine Terrorattacke (a.) in Europa etwa 814-mal *geringer* ist, als die eines letalen Autounfalls (b.)⁴. Logisch folgt daraus, dass bei Zu-

¹ Vgl. statt aller *Black et al.*, A Dictionary of Economics, 5. Aufl., 2017, 373.

² Freilich ist nach ökonomischen Grundsätzen, die zumindest der Praktikabilität halber immer auf Geld als Maßeinheit rekurrieren (hierzu im breiteren Kontext der Cost-Benefit-Analysis *Sunstein*, 104 Columbia Law Review 2004, 205 ff.), jede Minute ganz im Wortsinn kostbar, insofern diese entweder für Erwerbstätigkeit genutzt werden könnte (bei einem Stundenlohn von 10 € insofern etwa 17 Cent pro Minute an Opportunitätskosten) oder zumindest für freudebringende Freizeitaktivitäten (die bei rationalen Menschen dann mindestens das Äquivalent von 17 Cent pro Minute an „Nutzen“ bringen müssen). Vereinfacht gesprochen entsprechen 60 Minuten Terrorismussorge somit Opportunitätskosten i.H.v. einer Arbeitsstunde, z.B. 10 €.

³ *McCormick et al.*, 18 Accident Analysis & Prevention 1986, 205 (206). Dies ist eines der Lehrbuchbeispiele für übermäßiges Selbstvertrauen („overconfidence“), s. auch allgemein *Kahneman*, Thinking, Fast and Slow, 2012, 199 ff.

⁴ So errechnet vom *Südkurier*, Warum vieles wahrscheinlicher ist, als Opfer eines Terroran-

grundelegung statistischer Wahrscheinlichkeiten und einer positiven Korrelation zwischen Gefahr und Sorge⁵ b. mehr Zeit zugewendet werden müsste als a.

II. Rationalität und Psychologie

Woher stammt nun die verbreitete Fehleinschätzung, Terrorismus betreffe uns alle; woher dessen systematische stochastische Überschätzung? Neulich gaben 71 % der Befragten in einer Umfrage an, sich vor Terror zu fürchten, womit er ganz klar auf Platz eins vor Gesundheit oder finanziellen Sorgen rangierte⁶.

Die psychologische Forschung hat verschiedene *biases* (Fehlurteile) identifiziert, aufgrund derer sich das Verhalten erklären lässt.

Einerseits betrifft uns der *confirmation bias*: Jede Frage ruft je nach Formulierung unterschiedliche Daten hervor⁷, sodass die Frage nach der Wahrscheinlichkeit, von einem Terroranschlag betroffen zu sein, automatisch Bilder und Erlebnisse von erfahrenen oder berichteten solchen Ereignissen in Erinnerung ruft. Diese verzerren wiederum unsere Einschätzung. Unmittelbar damit verbunden ist der *availability heuristic*⁸, d.i. die Methode, die Frage nach der Wahrscheinlichkeit durch die einfacher zu beantwortende Frage zu ersetzen, nämlich: „wie oft habe ich von Terroranschlägen gehört?“. Die *Verfügbarkeit (availability)* wird durch die Dramatik eines Ereignisses noch erhöht, welches zuweilen *affect heuristic* genannt wurde⁹. In einer reziproken Beeinflussung werden Einschätzungen der Gesellschaft ebenso wie die Berichterstattung durch diese Faktoren systematisch verzerrt¹⁰. Denn diese Berichterstattung wird, *nolens volens*, zum Marketingtool einer Ideologie, die Ihre einzige

schlages zu werden, 14.04.2016, (<https://www.suedkurier.de/nachrichten/panorama/Warum-vieles-wahrscheinlicher-ist-als-Opfer-eines-Terroranschlags-zu-werden;art409965,8657606>) <zul. abgerufen 28.05.18>. In Bezug auf die Wahrscheinlichkeit in den USA wird diese nominal etwa 1 zu 5 Millionen beziffert, sodass Tod durch Selbsttötung ca. 575-mal wahrscheinlicher ist (so berichten *Levitt/Dubner*, *Superfreakonomics*, 2015, 65). Vgl. auch *Zöller*, GA 2016, 90 ff. und den Aufsatz von *Bock*, 5 ff. in diesem Band.

⁵ Rational im Sinne des *homo oeconomicus* ist bloße „Sorge“ ohne daraus folgende Handlungsimpulse wohl ohnehin nicht; auf dieses Problem kann hier indes nicht vertiefend eingegangen werden.

⁶ *R+V Versicherung*, Die Ängste der Deutschen, 07.09.2017, (<https://www.ruv.de/static-files/ruvde/downloads/presse/aengste-der-deutschen-2017/ruv-aengste2017-ergebnisse.pdf>) <zul. abgerufen 28.05.18>.

⁷ *Kahneman* (Fn. 3), 81 f.

⁸ Hierzu etwa *Tversky/Kahneman*, 5 *Cognitive Psychology* 1973, 207 ff. (insbesondere 230 f.); *Schwarz et al.*, 61 *Journal of Personality and Social Psychology* 1991, 195 (200 f.); instruktiv *Kahneman* (Fn. 3), 129 ff.

⁹ *Kahneman* (Fn. 3), 130.

¹⁰ *Kahneman* (Fn. 3), 138 f.

Wirkmacht in der Zerrüttung des alltäglichen Lebens wider die Vernunft entfalten kann¹¹.

Trotz Kenntnis dieser Faktoren ist es kaum möglich, diese Fehlurteile effektiv zu bekämpfen¹². Nichtsdestotrotz stellt sich ein grundlegendes Problem der *public policy*: Sollen wir, als in Staatsform verfasstes Gemeinwesen, mehr Geld auf etwas verwenden, obwohl es weniger Menschen rettet? Konkret, sollen wir viel Zeit, Energie, und begrenzte Ressourcen in die Terrorabwehr stecken, obwohl eine Verbesserung der Fahrsicherheit erheblich mehr Menschen das Leben retten würde?

III. Public Policy

Instinktiv scheint die Antwort klar: Die Rettung von mehr Menschen im Vergleich zu weniger Menschen muss ethisch vorzuziehen sein. Bei weiterer Reflexion wird jedoch deutlich, dass diese Frage und ihre Antwort zu kurz greifen. Man bedenke die *indirekten* Folgen eines Anschlages¹³, von den trauernden Angehörigen bis hin zu Sicherheitskontrollen und insbesondere den durch die vermeintlich wahrscheinliche Terrorgefahr getrüben Lebensstunden¹⁴.

Folglich scheint eine komplexere Quantifizierung notwendig zu sein. Gleichfalls könnte indes eine Quantifizierung auch von vornherein der falsche Schritt sein, da Maßnahmen nur an qualitativen normativen Maximen gemessen werden sollten¹⁵.

Unzweifelhaft erweist sich das Problem der Terrorbekämpfung in seinen soziokulturellen und psychologischen Verflechtungen als sehr vielschichtig. Dies zeigt sich bereits im eigentlichen Wortsinn des lateinischen Begriffs *terror*, der nämlich nichts anderes als „Schrecken“ meint¹⁶.

¹¹ Vgl. hierzu ebenfalls den Workshopbericht von *Bruns*, 87 ff. in diesem Band.

¹² *Kahneman* (Fn. 3), 28 und 131; siehe jedoch die zutreffende Beobachtung, dass zumindest die Sensationswirkung neuer terroristischer Angriffe qua „Gewöhnung“ abnimmt, *Raether*, Ist Terror jetzt normal?, DIE ZEIT v. 8.6.2017, 10; vgl. ferner zum sog. *debiasing* umfassend *Larrick*, in: *Koehler/Harvey* (Hrsg.), *Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*, 2004, 316 ff.

¹³ Siehe auch *Levitt/Dubner* (Fn. 4), 62 ff.

¹⁴ Hierzu vertiefend *Wittreck*, 119 ff., in diesem Band.

¹⁵ Die rechtstheoretisch gefärbte Diskussion wird neu konturiert in den Beiträgen von *Jakobs* (71 ff.) und *Saliger* (79 ff.), in diesem Band.

¹⁶ Statt aller *Stowasser et al.*, *Stowasser*, Oldenbourg 2006, 511; ferner *Zöller*, GA 2016, 90 (91 ff.).

IV. Praktische Implikationen

Von Metafragen der Relevanz einer Terrorismusforschung¹⁷ bis hin zu Detailfragen wie solchen der konkreten Umsetzung qua Exekutivrecht¹⁸ und den komplementären Polizeibefugnissen¹⁹ gilt es, mit Blick auf wirksame Maßnahmen innerhalb eines rechtsstaatlichen Rahmens das große Ganze nicht aus dem Blickfeld zu verlieren. Insbesondere aufgrund der psychologischen Verflechtungen und oftmals emotional geführten Debatten in Medien und Politik ist das *primum movens* der Lebensqualitätsverbesserung, egal ob quantitativ oder qualitativ²⁰, als Ariadnefaden zu verwenden, um mittels wissenschaftlicher Forschungen sinnvolle Ergebnisse zu erzielen.

¹⁷ Hierzu ebenfalls *Witte*, 143 ff., in diesem Band.

¹⁸ Hierzu *Petzsche*, 91 ff., in diesem Band.

¹⁹ Hierzu *Martens*, 23 ff., in diesem Band.

²⁰ So überzeugend *Adler/Posner*, 109 *Yale Law Journal* 1999, 165 ff.

Die Negation staatlicher Herrschaft

Terrorismus und die Rechtfertigung der Folter

Andreas Bock

I. Einleitung

Terrorismus ist „exceptional violence“¹. Der Ausnahmefall eines Gewaltphänomens, der entsprechend außergewöhnliche Maßnahmen nicht nur erforderlich zu machen, sondern diese auch zu legitimieren imstande zu sein scheint. Das 2017 vom bayerischen Landtag verabschiedete Polizeiaufgabengesetz (PAG)², das *de facto* die Möglichkeit des zeitlich unbegrenzten Gewahrsams für sog. Gefährder schafft³, ist nur das jüngste Beispiel repressiver Reaktion auf eine tatsächliche oder vermeintliche terroristische Bedrohungslage⁴.

Das Konzept der „exceptional violence“ bezieht sich vor allem auf die diskursive Konstruktion einer außergewöhnlichen (*exceptional*) Bedrohungslage durch Terrorismus, die im medialen wie politischen Diskurs produziert und reproduziert wird. Eine Konstruktion, die der empirischen Überprüfung kaum Stand halten kann; so ist das Risiko, in Europa Opfer eines Terroranschlags zu werden, geringer, „als die Gefahr, an einer Pilzvergiftung zu sterben“⁵. Und doch halten wir die terroristische Bedrohungslage für so eminent und konkret, dass

¹ *Renoux*, in: Blanke et al. (Hrsg.), *Common European Legal Thinking: Essays in Honour of Albrecht Weber*, 2015, 363 (363); *Heath-Kelly*, in: Jackson (Hrsg.), *Routledge Handbook of Critical Terrorism Studies*, 2016, 287 (287).

² GVBl. 2017, 388.

³ Art. 11 Abs. 3 Satz 1 definiert die Eingriffsgrundlage einer „drohenden Gefahr“, wenn „in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind“ (GVBl. 2017, 388).

⁴ *Bock*, *Zeitschrift Für Außen- Sicherheitspolitik* 2017, 245.

⁵ *Welty*, *Angst vor Anschlägen in Europa. Risiken werden falsch eingeschätzt*, 17.01.2016, (http://www.deutschlandradiokultur.de/angst-vor-anschlaegen-in-europa-risiken-werden-falsch.1008.de.html?dram:article_id=308936), <07.05.2018>. Betrachtet man das Ausmaß terroristischer Gewalt nüchtern, so muss man feststellen, dass andere Formen staatlicher wie nicht staatlicher Gewalt ein rechnerisch größeres Gefährdungspotenzial für die innere wie auch internationale Sicherheit besitzen; d.h. es ist wahrscheinlicher, Krieg oder Mord zum Opfer zu fallen, als einem terroristischen Anschlag.

repressive Maßnahmen zwingend scheinen⁶. Historisch lässt sich zeigen, dass diese diskursiv erzeugte Notwendigkeit massiver Repression sogar so weit geht, dass Rechtsstaaten, wenn sie sich einer terroristischen Bedrohungslage ausgesetzt sehen, selbst zum höchsten rechtsstaatlichen Tabubruch bereit sind – dem Einsatz der Folter.

Im Folgenden werde ich zunächst kurz den exzeptionellen Charakter terroristischer Gewalt skizzieren, bevor ich mich der politikwissenschaftlichen Kritik der Rechtfertigungsnarrative für Folter zuwende.

II. Provokation staatlicher Macht?

In seinem gleichnamigen Buch beschreibt Peter Waldmann Terrorismus als „Provokation [staatlicher] Macht“⁷. Das ist zwar richtig, greift m.E. aber zu kurz. Denn jede noch so kleine Rechtsverletzung provoziert bereits den Staat: sie provoziert ihn zur Reaktion. Egal, ob es nun der Strafzettel wegen Falschparkens ist, oder der Freiheitsentzug wegen eines Kapitalverbrechens, der Staat ist in jedem Fall zum Handeln aufgefordert, ist gefordert die Rechtsordnung durchzusetzen und sie damit auch aufrechtzuerhalten. Und so unterschiedlich diese Phänomene auch sein mögen, sowohl was ihre Schwere wie auch was ihre juristische Wertung angeht, gemeinsam ist ihnen doch, dass sie zum einen ein privates Ziel verfolgen und zum anderen den staatlichen Ordnungsanspruch eben nicht *per se* infrage stellen. Selbst die organisierte Kriminalität versucht den Staat als Ordnungsmacht nicht abzuschaffen, sondern sich vielmehr die staatlich garantierten gesellschaftlichen Strukturen, sei es durch Erpressung oder Korruption, nutz- und dienstbar zu machen. Und genau hierin unterscheidet sich das terroristische Gewaltphänomen von jedem nicht-terroristischen Gewaltphänomen.

Terroristische Gewalt zielt immer auf ein öffentliches Gut ab: Die Abtrennung einer Region, die Veränderung des politischen oder wirtschaftlichen Systems, das Ende eines Regimes. Es lassen sich viele Beispiele (privater⁸) terroristischer Gewaltakteure nennen – die Rote Armee Fraktion (RAF), die Palestine Liberation Organization (PLO), Euskadi Ta Askatasuna (ETA), die Irish Republican Army (IRA), der African National Congress (ANC), al-Qaida, die tschetschenischen Rebellen, die Mudschaheddin in Afghanistan oder aktuell der IS/Daesh.

⁶ Bock/Zan, Zeitschrift für Friedens- und Konfliktforschung 2006, 117.

⁷ Waldmann, Terrorismus. Provokation der Macht, 1998.

⁸ Terrorismus ist die politische Gewalt eines nicht-staatlichen, also: privaten Gewaltakteurs.

So unterschiedlich die Zielsetzungen dieser Organisationen auch sein mögen – vom Kampf für einen eigenen Staat, über den Widerstand gegen ein (angeblich oder tatsächlich) ungerechtes Regime, bis hin zur regionalen oder weltweiten Dominanz der eigenen Religion –, im Kern haben all diese Gewaltakteure zwei funktionale Gemeinsamkeiten: Erstens kämpfen sie alle für politische oder öffentliche Ziele (und nicht für einen privaten Zweck, wie die Bereicherung durch einen Bankraub), und zweitens gründen diese Ziele alle auf Ideen oder Ideologien, die die jeweilige soziale und politische Ordnung auf radikale, d.h. grundlegende Weise in Frage stellen.

Das Ziel des ANC, das Apartheid-System in Südafrika abzuschaffen, war so wenig mit der Rassentrennung zu vereinbaren, wie das Ziel der RAF, die Grundordnung in Deutschland in ein kommunistisches System zu verwandeln, mit dem Grundgesetz zu vereinbaren war. Und genauso wenig ist das Ziel des IS/Daesh, ein islamistisches Kalifat in möglichst vielen Ländern zu realisieren, mit den Ordnungsvorstellungen der fraglichen Länder (aktuell Iraks und Syriens) vereinbar⁹. Und damit begnügt sich das terroristische Gewaltphänomen gerade nicht mit der Provokation staatlicher Macht und Herrschaft; vielmehr ist Terrorismus die Negation des Staates und seines Herrschaftsanspruchs. Und genau darum reagieren Staaten mit aller Härte auf die terroristische Herausforderung, die Negation und nicht bloß Provokation ist.

III. Problemstellung

Folter ist verboten. Ausnahmslos. Im internationalen Recht genießt das Folterverbot¹⁰ den Status eines *ius cogens*, einer notstandsfesten Norm¹¹. Die *United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (CAT, UN-Anti-Folterkonvention) formuliert in Art. 2 Abs. 2 eigentlich unmissverständlich:

⁹ *Bock/Zan*, Zeitschrift für Friedens- und Konfliktforschung 2006, 117 (119 f.). Daher macht eine Unterscheidung zwischen politischem und religiösem Terrorismus keinen Sinn, da es eine bloße Tautologie wäre: Terrorismus ist eine Form politischer Gewalt, die auf ein öffentliches Gut abzielt. Ob die Begründung dieses Ziels aus einer politischen, religiösen oder sonstigen ideologischen Überzeugung folgt, ist für die Charakterisierung der politischen Gewalt als Terrorismus unerheblich. „Islamistischer Terrorismus“ stellt folglich keine terroristische Sonderform, sondern lediglich eine Unterform terroristischer Gewalt dar – wie auch der links- oder rechtsextremistische Terrorismus.

¹⁰ Formuliert ist das Folterverbot in Artikel 7 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Recht, in Artikel 5 der UN-Menschenrechtserklärung, in den Artikeln 2–4 der UN-Antifolterkonvention und in Artikel 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK).

¹¹ *Bruha/Steiger*, Das Folterverbot im Völkerrecht, 2006, 12.

No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture.

Mit Urteil vom 28. Juli 1999 (*Selmouni v. France*) hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte den *ius cogens*-Status des Folterverbots ausdrücklich betont:

The Court reiterates that Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic societies. Even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation¹².

Im Grundgesetz verbietet Artikel 104 GG die Folter, genauer: bereits jede Misshandlung. „Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich misshandelt werden.“ Diese verfassungsrechtliche Bestimmung gilt ohne Einschränkung; „sogar dem Gesetzgeber [ist es] verwehrt [...], Verbotsbefreiungstatbestände zu regeln“¹³. Verstärkt wird das Gewicht des Folter- und Misshandlungsverbots des deutschen Grundgesetzes noch durch die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG. Diese ist über Artikel 79 Absatz 3 GG (der sog. Ewigkeitsklausel) einer Verfassungsänderung *per se* entzogen. Folglich ist auch das deutsche Folterverbot eine absolute und gleichsam notstandfeste Bestimmung.

Angesichts der terroristischen Bedrohung erscheint das Verbot der Folter allerdings zum Sicherheitsproblem zu werden. Ist es hinnehmbar, dass der Staat tatenlos zusieht – gebunden durch das Recht, an das sich Terroristen nicht halten –, wenn seine Bürger und er selbst in Gefahr geraten? Ist es darum in Ausnahmefällen wie einer terroristischen Bedrohung gerechtfertigt und geboten, dass der Staat zum Schutz der Bürger und zur Selbstverteidigung vom Verbot der Folter abweicht? Wie anders soll ein Staat reagieren, wenn die terroristische Bedrohung so gewaltig ist, dass sie seinen Fortbestand infrage stellt?

Tatsächlich wurde und wird eine mögliche rechtliche Zulässigkeit von Folter vorrangig im Kontext der Bekämpfung des Terrorismus diskutiert. Beispiele sind Israel, Großbritannien oder die USA. Vielfach geht es dabei um „Rettungsfolter“, also Folter zur Prävention bevorstehender Anschläge in so genannten „ticking bomb“-Szenarien. In Israel gibt es seit längerem eine politische und juristische Auseinandersetzung um die Frage,

¹² EGMR, Urt. v. 28.07.1999 – 25803/94 (*Selmouni v. France*) = NJW 2001, 56.

¹³ *Rottmann*, in: Goerlich (Hrsg.), Staatliche Folter – Heiligt der Zweck die Mittel?, 2007, 75 (76).

ob und unter welchen Voraussetzungen bestimmte Arten von Folter, der so genannte maßvolle physische Druck, gegen mutmaßliche Mitwisser/innen palästinensischer Terroranschläge rechtmäßig sind¹⁴.

Der Einsatz von Folter wurde auch von den britischen Behörden im Kampf gegen die IRA eingesetzt. Der Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte hat dies in verschiedenen Urteilen bestätigt (Case of Ireland v. the United Kingdom 1978 oder Case of Chahal v. the United Kingdom 1996), und damit maßgeblich zur Ausweitung des Folterverbots beigetragen. Gegen die USA wurden nach dem 11. September 2001 massive Foltervorwürfe im Zusammenhang mit der systematischen Misshandlung von Gefangenen auf Guantanamo, im Irak und Afghanistan erhoben; auch wurden die USA für die Auslieferung von Gefangenen in so genannte Folterstaaten kritisiert¹⁵. Dessen ungeachtet hat sich US-Präsident Donald Trump nicht nur im Wahlkampf für den Einsatz der Folter im Kampf gegen den Terrorismus ausgesprochen¹⁶.

IV. Folter

1. *Dirty Harry* und das Verbot der Folter

Versuche, die Geltung des absoluten Folterverbots einzuschränken, sind nicht neu. Einer der ersten, der das Dilemma eines uneingeschränkten Folterverbots formulierte, war Clint Eastwood in seiner Rolle des „Dirty Harry“ Callahan im gleichnamigen Kinofilm aus dem Jahre 1971¹⁷. Die Filmszene gleicht den Szenarien der Befürworter einer Ausnahmeregelung in Notstandsfällen: Ein Mädchen wurde entführt und in einem Erdloch vergraben; der Polizei bleibt nur wenig Zeit um das Opfer vor dem qualvollen Erstickungstod zu retten. Bei der Geldübergabe gelingt es, den mutmaßlichen Täter zu stellen, der bei der Festnahme von Callahan angeschossen wird. Da der Entführer den Aufenthaltsort des Mädchens, das zu diesem Zeitpunkt bereits tot war, nicht verrät, tritt Callahan dem Verletzten auf die Schusswunde, um die Preisgabe des

¹⁴ *Follmar/Heinz/Schulz*, Zur aktuellen Folterdebatte in Deutschland, Deutsches Institut für Menschenrechte, Policy Paper No. 1, 2003, 5.

¹⁵ *Danner*, Torture and Truth: America, Abu Ghraib, and the War on Terror, 2004; *Ehrenberg/McSherry/Sánchez/Sayej* (Hrsg.), *The Iraq Papers*, 2010.

¹⁶ *Johnson*, Trump says ‚torture works‘, backs waterboarding and ‚much worse‘, 17.02.16, (https://www.washingtonpost.com/politics/trump-says-torture-works-backs-water-boarding-and-much-worse/2016/02/17/4c9277be-d59c-11e5-b195-2e29a4e13425_story.html), <07.05.2018>; *Weaver/Ackerman*, Trump claims torture works but experts warn of its ‚potential existential‘ costs, 26.01.17, (<http://www.theguardian.com/us-news/2017/jan/26/donald-trump-torture-absolutely-works-says-us-president-in-first-television-interview>), <07.05.2018>.

¹⁷ *Reemtsma*, Folter im Rechtsstaat?, 2005, 12.

Verstecks durch das Zufügen starker Schmerzen zu erzwingen. Sein Verhalten rechtfertigt Callahan mit den Rechten des Mädchens: „The suspect’s rights were violated [...] – And the girl? What about her rights? She was raped and left in a hole to die. Who speaks for her?“¹⁸

Ähnlich verläuft die Argumentation in der fünf Jahre später erschienenen Dissertation des früheren niedersächsischen Ministerpräsidenten Ernst Albrecht. Er argumentiert, dass absolute Rechte nur darum absolut seien,

weil keine Situationen *denkbar* sind, in denen ihre Verletzung unerlässlich wäre, um viel größere Werte zu bewahren, in denen also eine sittliche Pflicht bestünde, auf die genannten Rechte zu verzichten. [...] Es kann Situationen geben, in denen ein noch größeres Unheil nur durch den Eingriff in diese Rechte abgewandt werden kann¹⁹.

Allerdings belässt er es bei dieser Andeutung und bemüht seine Fantasie nicht soweit, die vermeintlichen Grenzen des Folterverbots auszuloten. Das gilt auch für den amerikanischen Sozialphilosophen Henry Shue, der ebenfalls Ende der 1970er Jahre in seinem Artikel „Torture“ die Anwendung von Folter in Situationen extremer Bedrohung zumindest nicht für undenkbar hält:

Nevertheless, it cannot be denied that there are imaginable cases in which the harm that could be prevented by a rare instance of pure interrogational torture would be so enormous as to outweigh the cruelty of the torture itself and, possibly, the enormous potential harm which would result if what was intended to be a rare instance was actually the breaching of the dam which would lead to a torrent of torture. There is a standard philosopher’s example which someone always invokes: suppose a fanatic, perfectly willing to die rather than collaborate in the thwarting of his own scheme, has set a hidden nuclear device to explode in the heart of Paris. There is no time to evacuate the innocent people or even the movable art treasures – the only hope of preventing tragedy is to torture the perpetrator, find the device, and deactivate it. I can see no way to deny the permissibility of torture in a case *just like this*²⁰.

2. Winfried Brugger und das „Recht“ zur Folter

Den Schritt zur positivrechtlichen Erlaubnis von Folter in Ausnahmefällen wird als erster der Tübinger Rechtsprofessor Winfried Brugger 1996 tun. In seinem Aufsatz „Darf der Staat ausnahmsweise foltern?“²¹ vertritt er die These, dass der grundgesetzlich garantierte Anspruch auf Achtung der Menschenwürde nicht nur einer Abwägung fähig und bedürftig ist, sondern dass es in bestimmten Ausnahmesituationen gerechtfertigt und auch geboten ist, Folter anzuwenden. Als Beispiel stellt Brugger ein „ticking-bomb“-Szenario vor, das

¹⁸ Reemtsma (Fn. 17), 15.

¹⁹ Albrecht, Der Staat – Idee und Wirklichkeit: Grundzüge einer Staatsphilosophie, 1976, 172 f. (Hervorhebung A.B.).

²⁰ Shue, 7 Philosophy & Public Affairs 1978, 124 (141) (Hervorh. i. Orig.).

²¹ Brugger, Der Staat 35 (1996), 67.

Sachregister

- Acts
- Anti Terrorism Crime and Security Act (ATCSA) 94 ff.
 - Counter-Terrorism and Security Act (TPIMA) 107–111
 - Prevention of Terrorism Act (PTA) 97–108
- Al Qaida 6, 24 f., 121, 155, 158, 160 ff.
- Al Shabaab 25
- Beweis
- -mittel 94, 101 ff., 111 f.
 - -standard 94, 110, 112
- Bundeskriminalamt 135, 150, 162 f.
- BKA 79, 153, 162
- Bundesverfassungsgericht 15, 21
- BVerfG 38 ff., 45, 54, 68, 88
- Charlie Hebdo 25, 148, 162
- Control Orders 9, 97 ff., 102, 104–108, 111, 116
- Control Order Lite 106
 - Derogating Orders 99
 - Non-Derogating Orders 99
- Demokratie 87, 89
- -theorie 88
 - demokratietheoretisches Problem 89
- Detention without trial 93–97, 102, 111, 116
- Doppelmoral des Westens 150
- Dschihadismus 148, 152, 154–160
- EGMR 48, 95 f., 104, 114, 115
- EMRK 11, 38, 48, 96, 99, 102–105, 112, 114
- Ermessensreduzierung auf Null 133
- Ethik 87 ff., 164
- Euthanasie 58, 60 f.
- Exekutivmaßnahmen 92 f., 97, 106, 111 f., 116
- Exekutivrecht 4, 91 f.
- Fall Rammelmayr 27, 30, 33
- Fat-Man-Dilemma 59
- Feindpolizeirecht 66, 69
- Feindstrafrecht 13, 21, 67, 69, 71, 73–76, 79, 80–86, 147
- Finaler Rettungsschuss 24, 36
- Finanzverfassung 130, 136
- Flavius-Szenario 50
- Folter 5–21, 95
- -verbot 8 ff., 14, 19 ff., 112, 147
 - Rettungsfolter 8, 139
- Freiheit(s)
- -beschränkung 15, 92, 99, 104
 - -entzug 6, 91, 99, 104
 - Recht auf 96, 102, 111
- Gefahr
- abstrakte Gefahr 114, 122
 - Abwehr 53, 66, 68, 76, 82, 120, 122, 128, 132, 134 f.
 - Abwehraufgaben 134
 - Abwehrbehörden 39, 49, 123, 130, 133, 135
 - Abwehrmaßnahmen 51, 134, 139
 - Abwehrrecht 120, 122 f., 129, 130
 - Abwehrverordnung 121
 - Begriff 122
 - Gefährder 5, 75, 91 f., 97, 113, 121
 - gegenwärtige Gefahr 57, 124
 - konkrete Gefahr 50, 120 f., 137
 - Quelle 123
 - Schwelle 122, 124
- Gegenkultur 152, 155 f., 159
- Geiselnahme 13, 24–28, 30, 33, 39 ff., 44 ff., 55, 57, 60, 62, 64

- Gewalt 6, 7, 20, 29, 30, 35, 41, 55, 62, 64,
 66, 71, 125, 132 f., 143 ff., 153 f., 161 f.,
 164
 – -monopol 31, 41, 133, 145
 Grundgesetz 7, 8, 12, 20 f., 130, 133,
 135 f.
 GSG 9 32, 35 f.
- Islam 154
 Islamischer Staat 24, 65, 67, 120, 153, 158,
 163
- Jugend 149, 155
 – -bewegung 155, 157
 – -kultur 155 ff.
 – -liche 31, 153, 155 f., 159
 – -protest 155
 – Romantisierung 88, 153
- Kapitalismus 156 ff., 160
 Kölner Glasverbot 121
 Kompetenzzuordnung 130, 135
 Konformismus 156, 160
 Kosten 1, 88 f., 119 f., 124, 125, 128, 130,
 134 ff., 142, 155
- Le Bataclan 24
 Luftsicherheitsgesetz 15, 38, 54, 68, 82
- Medien
 – mediale Berichterstattung 147, 152
 – Propaganda 20, 145, 151 f., 155
 MEK 33 f.
 Menschenwürde 10, 19 ff., 41, 58, 76, 86
 Menschenwürdegarantie 8, 38, 86
 Mogadischu 26, 35 f.
 Mumbai-Stil 24, 28
 Muslime 120, 154
- Öffentlicher Raum 142
- PFLP 53, 64
 Polizei 76, 105, 107, 122 f., 125
 – Aufgabengesetz (PAG, Bayern) 5,
 113 f.
 – Recht 26, 27, 51, 53, 55, 66 ff., 121, 128
 Präventivgewahrsam 91 f., 113–116
- Pressefreiheit 89
 Psychologie 2
 – Fehlurteile (*biases*) 2 f.
 Public Policy 3
- Radikalisierung 79, 151
 RAF 31, 35
 Risiko 5, 43, 44, 46, 48 f., 52, 54–57, 60, 67,
 98, 100, 152
- SAS 32, 47–50, 59
 Schwarzer September 30
 Seize and Hold-Operation 24
 SEK 32
 Soziologie 143 ff., 148, 160, 165
 Special Advocacat 100, 102 f.
 Sperrfahrzeugverfügung 120, 126, 142
 Sportgroßveranstaltung 126
 Statistik 1–4, 153
 Störer 11, 44, 51, 53, 64, 67 f., 120, 122,
 124
 – Nichtstörer 21, 53, 123 f.
 – Verhaltensstörer 123
 – Zustandsstörer 123
 – Zweckveranlasser 123 f., 129
 Straßenrecht 125
 Straßenverkehrsrecht 120, 125
 Systemvertrauen 142
- Terror 3, 130, 131 ff., 137 ff., 143 f.
 Terrorism Prevention and Investigation
 Measures (TPIMs) 99, 106 ff., 110 ff.,
 116
 Terrorismus
 – -begriff /-definition 30, 32, 36, 66
 – -bekämpfung 79, 80, 83 ff., 91 ff., 113,
 144, 162 f.
 – Grenzen der Bekämpfung 144, 165
 – Hilfe 87
 – historische Entwicklung 26
 – Prävention 110
 – Rechte der Betroffenen
 („Verdächtigten“) 92, 101 ff., 106,
 110–113, 115 ff.
 – Strategie des Terrorismus 142, 146,
 162
 Ticking Bomb Szenario 10, 12, 17, 18

- TPIMs → siehe Terrorism Prevention and Investigation Measures (TPIMs)
- Trolley-Problem 59, 60
- UK 95
- Verfahren
- Erlassverfahren 99, 100, 102, 109–112
 - Recht auf faires Verfahren 102 ff., 111 f.
- Verfassungsrecht 120, 130 f.
- Verwaltungsrecht 130
- Wächterproblematik 44
- Weichensteller-Fall 58 ff.
- Zwangsmittel 11, 23, 26, 31 f., 39 f., 42 f., 46, 48, 51 ff., 59, 69
- unmittelbarer Zwang 40 f., 43, 51 f., 120, 125