



Christopher Unseld, MLE, Hannover

Der terroristische Ausnahmezustand und die Brille des Rechts*

oder: Zwischenstandsbericht von der Entstaatlichung des Politischen

Christopher Unseld stellt im vorliegenden Beitrag die dominierende Rolle des Rechts bei der Bekämpfung des Terrorismus in Frage.

Hierbei geht er von der These aus, dass das Recht einer Brille ähnelt, durch die wir die Welt - wie sie ist - wahrnehmen.

Doch was bedeutet dies für die Verrechtlichung überstaatlicher Sicherheitspolitik bei gleichzeitiger Entstaatlichung politischer Gewalt in Form transnationalen Terrorismus?

Der schillernde Begriff des Ausnahmezustands dient hier als Orientierungspunkt. Dieser könnte zunehmend im Inneren der Rechtsordnung zu verorten sein. Damit könnte er der Politik weitgehend entzogen und der Rechtswissenschaft und ihren Foren zugeordnet werden.

Der Dialog nationaler Höchstgerichte mit den Gerichten der Europäischen Gemeinschaft und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte veranschaulicht die Konsequenz der Ausgangsthese:

Die Verüberantwortung sicherheitspolitischer Fragestellungen in ein Spannungsfeld miteinander konkurrierender Rechtsprechungsorgane, stellt diese vor die Problematik divergierender sicherheitspolitischer Identitäten.

Diese mögliche Erkenntnis könnte die Rechtswissenschaft zu einer kritischeren Wahrnehmung der juristischen Vereinnahmung internationaler Sicherheitspolitik ermuntern.

S. 74

- HFR 5/2009 S. 1 -

1 **I. Einleitung**

Anders als das geflügelte Wort von der Bekämpfung des Terrorismus mit Recht suggeriert, handelt es sich weder beim Terrorismus um einen identifizierbaren Feind, noch beim Recht um ein gewaltloses Produkt der Aufklärung.

- 2 Nach der hier zu Grunde gelegten Auffassung ist Terrorismus eine von vielen Gewaltstrategien, die auf eine Vielzahl von Konflikte ganz oder teilweise anwendbar ist. Recht hingegen ist eine Perspektive – eine Brille¹ – durch die man die Welt erfassen und erklären kann, die aber auch der rohen Gewalt dienen kann.

Eine solche Herangehensweise bezweckt zweierlei:

- 3 *Zum einen* versucht sie ihren wissenschaftlichen Anspruch zu wahren, indem auf konkrete Handlungsanweisungen verzichtet wird. Hierzu ist es nötig, sich von ideologischen Grabenkriegen fernzuhalten.
- 4 *Zum anderen* soll der juristische Blick auf Tiefenstrukturen freigegeben werden, die mit der hier gewählten Problematik – der Bekämpfung von Terrorismus mit Recht – untrennbar verbunden sind. Es könnte sein, dass weder ein rein juristisch-dogmatischer

* Der Aufsatz entstand im Rahmen des 7. Beitragswettbewerbes „Recht in Zeiten des Terrors“.

¹ Dieses Bild ist entliehen von U. Haltern, *Europarecht und das Politische*, Tübingen 2005, 17.

noch ein politikwissenschaftlicher Ansatz diese Aufgabe bewältigen können.² Der Umgang mit der europäischen und internationalen Verrechtlichung könnte hier eine Warnung sein. Für den rein dogmatischen Ansatz könnte das daran zu erkennen sein, dass eine gewisse Enttäuschung auf dem Feld des Europa- und Völkerrechts bereits Routine ist. Auch in Deutschland wachsen die Zweifel, ob etwa Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) oder die normative Kraft völkerrechtlicher Verträge allein aus der Lektüre Savignys verständlich werden. Aber auch die Politikwissenschaftler taten sich schwer, mögliche Lücken zu schließen, die ihnen von den Europarechtlern überlassen wurden. So wurden die Realisten von der normativen Härte europäischer Normen überrascht, die es beispielsweise der Europäischen Kommission ermöglichte, Jahrhunderte alte (Rechts-)Traditionen mit einem Gang nach Luxemburg Geschichte werden zu lassen. Die davon euphorisierten Integrationisten wiederum wurden von nationalstaatlichen Ressentiments nationaler Verfassungsgerichte und Wählern in ihrem europäischen Traum gestört.

S. 75

- HFR 5/2009 S. 2 -

- 5 Der Versuch, der hier unternommen wird, will Beides vermeiden. Weder sollen Terrorismus und Recht so behandelt werden, als ob es sich um ein Schwarzfahr-Delikt oder ein sonstiges x-beliebiges Vergehen und seine hierfür vorgesehene Geldbuße handelt, noch soll geträumt werden. Das heißt aber nicht, dass Träume und Ideale für irrelevant gehalten werden: Wer sie durchschaut, sieht sie nicht. Das gilt auch für (Alb-)Träume bezüglich der post-9/11-Ära und die Umbrüche, die diese uns beschert haben könnte.
- 6 So genannte epochale Umbruchsituationen, wie auch der 11. September 2001 eine sein könnte, dienen der Fantasie: Von nun an gelte nicht mehr, was gestern sicher galt, im Positiven wie im Negativen. Eine solche Loslösung und Neuorientierung könnte man als Ausnahmezustand bezeichnen. Sicher, innerhalb Europas hat 9/11 nicht zum Ausbruch eines Krieges geführt, was klassischerweise mit dem Begriff des Ausnahmezustands verbunden wird. Ob es trotzdem seine Berechtigung hat, von einem terroristischen Ausnahmezustand zu sprechen, und wenn ja, wo und wie sich dieser bemerkbar macht, soll Thema dieses Beitrags sein.
- 7 Dabei wird untersucht werden, wie sich die Gewaltstrategien des zunehmend inter-/transnationalen Terrorismus in und auf die Perspektive des zunehmend inter-/supra-/transnationalen Rechts widerspiegeln und auswirken. Eine erschöpfende Untersuchung spezifischer Konfliktherde oder einzelner Normen bleibt außen vor.
- 8 Als Ausgangspunkt dient der Ausnahmezustand (II.), den die internationale Terrorismusbekämpfung vom Rand in die Mitte der Rechtsordnung verlegt (III.). Die Tatsache, dass an dieser Entwicklung internationale Organisationen, insbesondere die Europäische Union und die Vereinten Nationen (UNO), maßgeblich beteiligt sind, wird von diesen als Chance wahrgenommen. Ihre Kritiker befürchten einen Beweis mangelnder Rechtsstaatlichkeit (IV.). Das Recht – und nicht die Politik – bereiten diesem Konflikt zunehmend das Spielfeld – eine Tatsache, die für die Wissenschaft vom Recht nicht folgenlos bleiben sollte (V.).

S. 76

- HFR 5/2009 S. 3 -

9 II. Der Ausnahmezustand als Ende oder Bestandteil des Rechts

Nachdem der Begriff des Ausnahmezustands der europäischen Zwischenkriegszeit bereits als Schlüsselbegriff der Auseinandersetzung liberaler (H. Kelsen) und anti-liberaler (C. Schmitt) Staatsrechtler diente und im Nachkriegsdeutschland bei der Diskussion um eine Notstandsverfassung eher zwanghaft aufgewärmt wurde,³ ist die

² Hier kann nur eine kurze Stellungnahme abgegeben werden, für einen ausführliche Nachweis: *P.W. Kahn, Putting Liberalism in Its Place, Princeton 2005.*

³ Vgl. nur *H. Boldt, Rechtsstaat und Ausnahmezustand, Berlin 1967.*

kritische Frage erlaubt, ob uns dieser Begriff heute noch etwas zu sagen hat. Haben wir es bei der retardierenden Zitierung Carl Schmitts nicht mit dem immer weniger überzeugenden Reflex Ewiggestriger zu tun, die sich nicht die Mühe machen (wollen), den Tatsachen der „neuen Kriege“ (H. Münkler) ins Auge zu blicken und stattdessen Ängste gegenüber längst bewährten Verfassungsstaaten schüren?⁴

- 10 Bezogen auf den westlichen Nationalstaat scheint bereits die Empirie dieser Ansicht Recht zu geben. Obwohl nahezu alle modernen Verfassungen eine Art formellen Ausnahmezustand kennen, wird dieser nahezu nie angewandt, was einer Fixierung auf diese Normen eine künstliche und gezwungene Note verleiht.⁵
- 11 Darüber hinaus melden sich bereits beim Gedanken an die Einhegung des Ausnahmezustands in das Verfassungsrecht grundsätzliche Bedenken an: Hatte Carl Schmitt unter diesem „allgemeinen Begriff der Staatslehre“⁶ nicht ohnehin die Suspendierung des Rechts „in toto“⁷ verstanden und damit den Staat auf das Faktische reduziert?⁸ Wäre auf einen solchen Ausnahmezustand verwendete Energie nicht ohnehin vergebliche Liebesmühe jedes Verfassungsrechtlers? Kommt hier der Jurist in Gefilde, von denen er besser nichts wissen will – oder besser, nichts wissen sollte?⁹
- 12 Oder, um es auf das Bild von der Brille des Rechts zu übertragen: Carl Schmitt kommt hier zur Paradoxie, dass diese Brille zwar benutzt werden soll, sie aber nicht geeignet ist, im Ernstfall brauchbare Handlungsanweisungen oder Erklärungen zu liefern. Der Abgrund des Politischen umschließt förmlich den Verfassungsstaat; das Recht ist aber zu kurzsichtig, um ihn zu vermessen. Mit Recht allein droht der Absturz.
- 13 Die positivistische Gegenthese Hans Kelsens scheint hier juristenfreundlicher. Zwar nimmt auch sie die in normative und faktische Beschreibungsebenen zerfallene jellineksche Zwei-Seiten-Theorie¹⁰ zum Ausgangspunkt ihrer ausschließlich durch und mit Recht konstruierten Staatslehre,¹¹ doch zieht diese Methode von jeher die Frage nach sich, ob die bloße Ignorierung bzw. Verüberantwortung des Politischen an die Politik(-wissenschaften) eine der Rechtswissenschaft angemessene Problemlösung darstellt.

S. 77

- HFR 5/2009 S. 4 -

- 14 Oder anders gefragt: Müssen wir uns damit abfinden, dass die Brille des Rechts nur für den Nahbereich scharfe Bilder liefert? Dem Bild des reifen Nationalstaats, der sich seiner eigenen Beschränktheit bewusst ist, haftet durchaus Sympathisches an. Ähnlich einem alten Greis könnte der Leviathan eine leicht gebückte Stellung einnehmen und sich auf die nächsten – nahe liegenden – Schritte konzentrieren. Für weit schweifende Blicke und große Sprünge – das musste er schmerzlich erfahren – fehlt ihm der Weitblick. Er beschränkt sich vornehmlich auf das Aufsammeln von Scherben, die von Finanz- und Wirtschaftskrisen, eruptiven Ausbrüchen ethnischer Konflikte oder Umweltkatastrophen auf seinem Flecken souveränen Grunds hinterlassen werden.¹²
- 15 So gefällig einem dieses Bild vom Staat erscheinen mag, so unangenehm wäre eine derartige Selbstbeschränkung ihres Forschungsobjekts jeder Wissenschaft. Wohl auch deswegen haben sich Juristen weiterhin dem Fortschritt gestellt und die Konstruktion

⁴ So in etwa E.A. Posner/A. Vermeule, *Terror in the Balance*, Oxford 2007, 38 f.

⁵ Vgl. die Aufzählung bei G. Agamben, *Ausnahmezustand*, Frankfurt a.M. 2004, 18 ff.

⁶ C. Schmitt, *Politische Theologie*², Berlin 1934, 11.

⁷ Ebd., 13.

⁸ So C. Möllers, *Staat als Argument*, München 2000, 58.

⁹ Besondere Brisanz erhält diese Möglichkeit des Wegschauens im Zusammenhang mit der Diskussion bzgl. der Möglichkeit von rechtsstaatlicher, „outgesourceter“ oder faktisch geduldeter (Rettungs-)Folter, vgl. dazu P.W. Kahn, *Sacred Violence*, Ann Arbor 2008.

¹⁰ G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*³, Bad Homburg 1914, 50 ff.

¹¹ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*², Wien 1960, 289 ff.

¹² Vgl. H. Schulze-Fielitz, *Der Leviathan auf dem Wege zum nützlichen Haustier?*, in: R. Voigt (Hrsg.), *Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat?*, Baden-Baden 1993, 91 ff.

„Recht“ über alte Schranken hinweg gesponnen.

- 16 Im Inneren wurde (und wird) in diesem Sinne unaufhaltsam verrechtlicht. Vielleicht auch angetrieben von der zunehmenden Auflösung außerstaatlicher Ordnungen wie Kirche und Familie und dem Bedeutungsverlust linker oder rechter Ideologien, rücken zunehmend staatliche Verfassungsprinzipien in die entstehenden oder geschaffenen Leerstellen vor.¹³ Die Versprechungen, die der Staat damit eingeht, setzen ihn gleichzeitig unter gehörige Sachzwänge, die es zu bewältigen gilt. Die Aufgabe ehemals staatlicher Betätigungsfelder zu Gunsten ökonomischer Akteure und Prinzipien ist deshalb genau genommen nicht als Gegenentwicklung oder Korrektiv zunehmender Verrechtlichung zu verstehen, sondern als Folge derselben Ursache und als weitere Quelle staatlicher (Re-)Regulierung. Nun, da die Zahl der Hoheitsträger sinkt und immer neue ehemals hoheitliche Tätigkeiten in Frage gestellt werden,¹⁴ soll das Recht das vernünftige Gesicht der entschlackten Bürokratie wahren. Eine Folge ist, dass dort, wo früher eine klare Trennung öffentlicher Daseinsfürsorge *auf der einen Seite* und privater Interessensverwirklichung *auf der anderen Seite* angedacht war, heute die Wirrnis moralisierten Verbraucherprivatrechts, von Corporate Governance, Antidiskriminierungs- und Raucherrecht herrscht.¹⁵
- 17 Auch die „äußere Konstitutionalisierung“¹⁶ folgt zunehmend dieser Logik, wenn auch mit gebührendem Abstand. Während sich hier ebenfalls die rechtsfreien Räume verkleinern, rückt der Abgrund des Politischen, rücken die Kriege und Bedrohungen in weite Ferne, oder werden jedenfalls so interpretiert. Selbst Individuen werden vom Recht immer größere und sicherere Sprünge über Grenzen und Kontinente hinweg erlaubt.

S. 78

- HFR 5/2009 S. 5 -

- 18 Auch wenn diese Entwicklung größtenteils ökonomischem Druck zu verdanken sein mag, so braucht dies der Rechtswissenschaft nicht übel aufzustoßen. Schließlich hat sich somit den Juristen eine eigene rechtliche Perspektive der Globalisierung eröffnet, die sich in Form von Europa- und (Wirtschafts-)Völkerrecht nur ihnen erschließt.
- 19 Wenn das vormals Politische nicht zum staatlichen Recht kommen wollte, dann musste das Recht zum ehemals Politischen kommen. Auch wenn es so aussieht: Die Brille des Rechts hat dadurch nicht an Sehweite gewonnen, aber die Juristen tragen sie in die weite Welt hinaus. Der alte Leviathan bewegt sich kein Stück.
- 20 Mit dem Ende des Kalten Kriegs schienen sich dann die letzten Abgründe des Politischen aus unserer westlichen Welt zu verabschieden.¹⁷ Kein Völkerrechtler wird heute noch gerne an die Demütigungen juristischer Expertise erinnert, die ihr die unerbittlichen Machtstrukturen des Kalten Krieges im Zusammenhang mit den Verfahren vor dem Internationalen Gerichtshof in *Nicaragua*¹⁸ und bezüglich der Bedrohung mit *Atomwaffen*¹⁹ beigebracht wurden. Diese Zeit sollte nun vorüber sein und befeuert durch die Erfolgsgeschichte der Europäischen Union, der Europäischen Menschenrechtskonventionen und ihres Gerichtshofs, der Welthandelsorganisation (WTO), der

¹³ Vgl. nur *D. Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt a.M. 1991, v.a. 399 ff. Aus diesem Gestus ist auch der Versuch einer Wiederbelebung eines Verfassungspatriotismus zu verstehen, vgl. jüngst *J.-W. Müller*, Constitutional Patriotism, Oxford 2007 und die Beiträge in Heft 1, I•CON 6 (2008).

¹⁴ Vgl. die dt. Notar-, Schornsteinfeger- oder Glücksspielregelungen, die alle von der europäischen Kommission ins Visier genommen wurden.

¹⁵ Vgl. nur jüngst die Kritik bei *U. Volkmann*, Gute policey oder Das Recht als Vehikel der Mehrheitsmoral, FAZ (Nr. 100) v. 29.4.2008, 9.

¹⁶ *U. Di Fabio*, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, Tübingen 2001, 68.

¹⁷ Ein Verweis auf *F. Fukuyamas* *The End of History and the Last Man*, New York 1993, ist an dieser Stelle unvermeidlich.

¹⁸ Vgl. das Urteil vom 27.6.1986, ICJ Reports 1986, 14 – *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* („*Nicaragua II*“).

¹⁹ Vgl. dazu das Gutachten des IGH vom 8.7.1996, ICJ Reports 1996, 226 – *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, insbesondere Rz. 37 ff.; vgl. dazu *U. Haltern*, Was bedeutet Souveränität?, Tübingen 2007, 82 ff.; *P.W. Kahn*, Nuclear Weapons and the Rule of Law, NYU JIL & Pol. 31 (1999), 349 ff.

Aussicht auf einen endlich konstruktiven Sicherheitsrat und anderen internationalen Verrechtlichungstendenzen verdichteten sich die Anzeichen für eine globale Rule of Law.

- 21 Regionale Krisenherde – wie auf dem Balkan, in Ruanda, im Nahen Osten oder jüngst in Georgien – werden zunehmend als Atavismen vergangener Epochen aufgefasst. Es handelt sich hierbei um weiße Flecken auf der vom Recht eroberten Landkarte, die teilweise bereits, etwa in Form internationaler Strafgerichte, mit Recht ausgemalt wurden.
- 22 Die in verschiedenen Varianten²⁰ vorgebrachten Hoffnungen auf ein sich entwickelndes internationales Verfassungsrecht werden allenfalls noch von der Bedrohung des internationalen Terrorismus irritiert. Dieser trägt Bedeutungen an das Recht heran, mit denen man meinte endgültig abgeschlossen zu haben (hierzu nun III.).

S. 79

- HFR 5/2009 S. 6 -

23 III. Der terroristische Ausnahmezustand

Terrorismus kann man als Gewaltstrategie – modus operandi – nichtstaatlicher Akteure definieren, die aus dem Untergrund agieren und systematisch versuchen, eine Gesellschaft oder bestimmte Gruppen in Panik und Schrecken zu versetzen, um nach eigener Ansicht politische Ziele durchzusetzen.²¹

- 24 Vom regio-/nationalistischen und sozio-revolutionären Terrorismus unterscheidet sich der trans- bzw. internationale Terrorismus insbesondere islamistischer Couleur nicht nur in seiner räumlichen Reichweite, sondern auch in seiner inhaltlichen Verallgemeinerung. Die Botschaft, die der religiös motivierte internationale Terrorismus an seine „interessierenden Dritten“ sendet, ist diffus und apokalyptisch genug, um eine fast unbegrenzte Masse möglicher Legitimation stiftender Unterstützer anzusprechen. Gleichzeitig bleibt die Gruppe eindeutig Verbündeter klein. Der Kreis möglicher Anschlagziele und Opfer bleibt auf diese Weise denkbar groß.²²
- 25 Mit Hilfe moderner Medien gelingt es dem Terroristen, mit geringstem Aufwand großen Schrecken zu verbreiten und damit ein Klima von Angst und Hysterie zu erzeugen. Diese Kommunikationsstrategie ist ein Teilersatz für militärische Potenz.
- 26 Aber auch sein Hass, bzw. die Liebe zu seinen Überzeugungen, dient der Kompensation struktureller Unterlegenheit: Anders als ein normaler Verbrecher, der die Gesellschaft als solche in der Regel nicht ablehnt, will der Terrorist kein „Mehr“ von der westlichen Gesellschaft. Er verachtet sie. Dies eröffnet ihm andere Möglichkeiten. Auch sein sicherer Tod zählt zur Kalkulationsmasse und ermöglicht Taten, wie sie innerstaatlichen Sicherheitsorganen in der Regel fremd sind. Entführte Flugzeuge und Autobomben reizen nicht nur die Vorstellungskraft sog. postheroischer Konsumenten der westlichen Welt,²³ sondern auch die Mittel der Polizei aus. Die Grammatik des Kriegs, die auf der Unterscheidung von Freund und Feind aufbaut,²⁴ findet punktuell aber mit einem Schwindel erregenden Harmlosigkeitsgefälle Eingang in den Alltag.
- 27 Mit dem *worst-case* Szenario, dass Massenvernichtungswaffen in die Hände von Terroristen geraten könnten, verbinden sich gewissermaßen diese beiden Strategien des Terrorismus: *Einerseits* erzeugt bereits dieses Szenario ein Angstpotential unvergleichlicher Art und *andererseits* schafft es die transzendental begründete Skrupel-

²⁰ Vgl. nur S. Kadelbach / T. Kleinlein, Überstaatliches Verfassungsrecht. Zur Konstitutionalisierung im Völkerrecht, AVR 44 (2006), 235 ff.; A.-M. Slaughter, A New World Order, Princeton 2004; G. Teubner, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie ZaöRV 63 (03), 1 ff.; und viele mehr.

²¹ U. Schneckener, Transnationaler Terrorismus, Frankfurt a.M. 2006, 21; ganz ähnlich: H. Münkler, Die neuen Kriege, Reinbeck 2003, 175 ff.

²² H. Münkler, Die neuen Kriege, Reinbeck 2003, 184.

²³ Hierzu gehört auch die liberale Wissenschaft, vgl. P.W. Kahn, Out of Eden, Princeton 2007, 106 ff.

²⁴ C. Schmitt, Der Begriff des Politischen, Berlin 1963 [1932], 28 f.

losigkeit des Terroristen, hieraus das Szenario realistisch werden zu lassen. Das gilt insbesondere für sog. „one bomb countries“ wie Israel, deren Bestehen durch eine einzige Bombe gefährdet ist. Hier geht es buchstäblich um den Fortbestand des Staates.

S. 80

- HFR 5/2009 S. 7 -

- 28 Bei der Frage, wie man auf solche Bedrohungen antwortet, könnte man sich mit Details der Trennung von Polizei- und Kriegsrecht,²⁵ von Polizei- und Strafrecht²⁶ oder mit der verfassungsrechtlichen Etablierung eines formellen terroristischen Ausnahmezustands²⁷ beschäftigen. Eine solche Herangehensweise verstellt jedoch unter Umständen den Blick auf Grundstrukturen dieser Auseinandersetzungen, die über die bloße Abwägung von Freiheit und Sicherheit hinausgehen.
- 29 Bei der Frage, ob wir Terroristen nicht vielmehr als Feinde denn als Verbrecher behandeln müssten, oder danach, ob die Verfassung dem terroristischen „Kriegsfall“ standhält, könnte erneut das Politische in den Blickpunkt rücken.
- 30 Wenn dem so wäre, dann stellt sich wiederum die Frage, ob die Brille des Rechts nun geeignet ist, das Politische – diesmal im Inneren liberaler Verfassungsstaaten – abzubilden. Der Abgrund des Politischen zieht sich in diesem Fall mitten durch die juristische Argumentation. Als eindringliches Beispiel dient dafür das Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zum Luftsicherheitsgesetz.²⁸ Neben der durch Verfassungsänderung unproblematisch in den Griff zu bekommenden Frage, ob die Polizei auf militärische Mittel der Bundeswehr zugreifen können sollte, standen hier zwei andere Probleme im Vordergrund:
- 31 1) Darf der Staat unschuldige Zivilisten töten, um eine größere Zahl Unschuldiger zu retten?
- 2) Kann das BVerfG diese Frage allein mit Hilfe des Rechts beantworten?
- 32 Unabhängig davon, ob man ein solches Gesetz befürwortete, hing die Beantwortung der ersten Frage davon ab, ob das BVerfG hier eine Abwägung „Leben gegen Leben“ zulässt. Entsprechend der vorherrschenden Meinung in Lehre und Praxis hat es dies nicht getan. Dass das Urteil trotzdem auf Kritik gestoßen ist, hängt v.a. mit dem zu Grunde liegenden kriegsähnlichen Szenario zusammen, das die folgende Friktion offenbarte:
- 33 Ohne dass hier ein korrigierender Eingriff durch den Verfassungsgesetzgeber realistischerweise möglich wäre, hat das BVerfG ein Abwägungsergebnis zu Gunsten des unschuldigen Lebens festgeschrieben, das nicht mit dem geltenden Kriegsrecht vereinbar ist,²⁹ und deshalb – wie auch vom Gericht betont (Rz. 122, 130) – nur auf den „nichtkriegerischen“ Einsatz beschränkt ist. Somit gibt es mindestens zwei verschiedene Arten unserer grundgesetzlichen Menschenwürde; die des Kriegs und die des Friedens.

S. 81

- HFR 5/2009 S. 8 -

- 34 Wenn man nun die zweite Frage dahingehend beantwortet, dass das BVerfG die Problematik allein mit Hilfe des Rechts beantworten will, dann eröffnen sich zwei mögliche Konsequenzen. *Entweder* man bezeichnet die Lösung des BVerfG als bestenfalls pragmatisch, aber dogmatisch nicht überzeugend, und entschuldigt dies mit der mangelhaften Brille des Rechts, die auch den nun mitten im Staat klaffenden Abgrund des Politischen nicht erfassen kann. *Oder* man versucht die besondere Stellung der

²⁵ Vgl. nur K. Waechter, Polizeirecht und Kriegsrecht, JZ 2007, 61 ff.

²⁶ Vgl. nur G. Jakobs, Terroristen als Personen im Recht?, ZStW 117 (2005), 839 ff.

²⁷ Siehe nur B. Ackerman, Before the Next Attack, New Haven/London 2006.

²⁸ BVerfGE 115, 118 ff. – Luftsicherheitsgesetz.

²⁹ K. Waechter Polizeirecht und Kriegsrecht, JZ 2007, 61 (68); A. Zimmermann / R. Geiß, Die Tötung unbeteiligter Zivilisten: Menschenunwürdig im Frieden – Menschenwürdig im Krieg?, Der Staat 46 (2007), 377 (387).

Menschenwürde im Grundgesetz anhand der deutschen Verfassungskultur und Geschichte zu verdeutlichen, und sie damit juristisch vorhersehbar und beherrschbar zu machen.³⁰ Die deutsche Weigerung, „das Opfer“ für den Staat zu denken, ist verfassungsrechtliche Realität.³¹

- 35 Dieser zweite Ansatz kann zwar ebenso wenig über die Kontingenzen des Politischen hinwegtäuschen, doch macht er diese wenigstens sichtbar. Vielleicht sollte man der Versuchung widerstehen, vermeintlich irrationale Ängste vor Terrorismus *einerseits*,³² oder angeblich übertriebenes kollektives Misstrauen gegenüber dem Staat (dem Militär etc.) *andererseits* als unbedeutend oder überholt zurückzuweisen. Stattdessen könnte es Aufgabe der Rechtswissenschaft sein, sich an dieser Stelle zumindest vorübergehend von der reformorientierten Praxis abzukoppeln.³³ Ängste, Hoffnungen und politische Identitäten müssten demnach auch in der Rechtsanalyse ernst genommen werden. Nur so könnte die Rechtswissenschaft abbilden, wofür das Recht allein blind bleibt.
- 36 An dieser Stelle lockt allerdings jeden Juristen die Versuchung der eigenen Exkulpation. Statt sich den Irritationen des in Form des Terrorismus aufflackernden Ausnahmezustands zu stellen, wird die methodische Blindheit für solche Phänomene überwiegend als Erfolg interpretiert. In Anlehnung an die Schmitt/Kelsen-Debatte (s.o.) gilt der Rekurs auf sog. vopolitische Elemente staatlicher Kollektive als überwunden. Das Vordringen des Verfassungsbegriffs wurde deshalb in der Regel vom Rückzug des Staatsbegriffs aus der Rechtswissenschaft begleitet.³⁴ Das Recht sollte auf das beschränkt bleiben, wie es im Gesetz oder zumindest in den enzyklopädischen Lehrbüchern und Kommentaren steht. In Deutschland wurde diese Entwicklung auch moralisch konsolidiert: Durch die (richtige) Abkehr von der Vorstellung, dass der Rechtspositivismus die Juristen des Dritten Reichs wehrlos gemacht habe, war dessen Ruf wieder rehabilitiert.³⁵ Lehrbücher verzichteten folgerichtig teilweise auf die Behandlung des Ausnahmezustands.³⁶

S. 82

- HFR 5/2009 S. 9 -

- 37 Doch von Anfang der 1990er an und damit etwa zeitgleich mit der Gründung einer sog. Basiszelle des islamistischen Terrorismus im umkämpften Afghanistan (al-Qaida), fand auch der Staatsbegriff langsam in die Staatstheorie zurück.³⁷ Die Diskussion um eine Art europäischer Staatswerdung und der Traum von einer kosmopolitischen Weltordnung wurden von der Entmonopolisierung des Staates in Sachen Kriegsführung begleitet.
- 38 Ohne hier einen kausalen Zusammenhang zwischen diesen Entwicklungen zu unterstellen, sollen im Folgenden (IV.) die Hoffnungen und Ängste, die mit diesen ineinander verschränkten Tendenzen einhergehen, beschrieben werden. Hierbei soll deutlich werden, dass nicht nur der Terrorismus für eine Verlagerung des Politischen in das Innere der Rechtsordnung verantwortlich ist, sondern dass auch die Verrechtlichung

³⁰ Vgl. hierzu den kulturtheoretischen Ansatz bei U. Haltern, Unsere protestantische Menschenwürde, in: P. Bahr / H.-M. Heinig (Hrsg.), Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, Tübingen 2006, 93 ff. Ohne Rücksicht auf politische Identität und deswegen auch harscher Kritik ausgesetzt: O. Depenheuer, Die Selbstbehauptung des Rechtsstaates, Paderborn (u.a.) 2007, 75 ff.

³¹ Vgl. nur H. Münkler / K. Fischer, „Nothing to kill or die for...“ – Überlegungen zu einer politischen Theorie des Opfers, Leviathan 28 (2000), 343 ff.

³² Vgl. hierzu ausführlich: C. Sunstein, Laws of Fear, Cambridge (Engl.) 2005.

³³ Vgl. P.W. Kahn, The Cultural Study of Law, Chicago 1999, 7 ff.

³⁴ Vgl. C. Möllers, Der vermisste Leviathan, Frankfurt a.M. 2008, 53 ff.

³⁵ Die jüngste Auseinandersetzung zwischen C. Möllers und G. Hirsch hat diese Diskussion zwar wieder in Erinnerung gerufen aber inhaltlich wohl kaum geprägt, vgl. den Anfang: G. Hirsch, Zwischenruf – Der Richter wird's schon richten, ZRP 2006, 161 und C. Möllers, Mehr oder weniger virtuos, FAZ (Nr. 249) v. 26.10.2006, 37.

³⁶ Vgl. J. Ipsen, Staatsrecht I, Neuwied 1997, der seit dieser 9. Auflage auf einen Abdruck verzichtet.

³⁷ Für die Geschichte al-Qaidas vgl. L. Wright, The Looming Tower, New York 2006. Für die Rückkehr des Staatsbegriffs vgl. BVerfGE 89, 155 ff. – Maastricht, dazu statt vieler: J.H.H. Weiler, Der Staat „über alles“, JöR 44 N.F. (1996), 91 ff.

internationaler Sicherheitspolitik seinen Anteil daran hat.

S. 83

- HFR 5/2009 S. 10 -

39 **IV. Der internationale Terrorismus erreicht die Europäische Union**

Als nicht zu verleugnendes Symbol transnationaler terroristischer Bedrohung konfrontierte der 11. September 2001 die internationale Rechtsordnung. Wie sich der Terrorismus aber schon vorher seinen Weg auf die internationale Bühne bahnte, kann am Verhalten des UN-Sicherheitsrats abgelesen werden.

40 Nachdem dieser bereits in den 1970er und 1980er Jahren grenzüberschreitende terroristische Methoden wie die Entführung von Flugzeugen³⁸ oder die Geiselnahme Unschuldiger³⁹ anprangerte, nahm er sich Anfang der 1990er zum ersten Mal einer konkreten terroristischen Tat an:

41 Nach dem Anschlag auf einen Jumbo-Jet der amerikanischen *Pan Am* Fluglinie am 21. Dezember 1988 über der schottischen Ortschaft Lockerbie verabschiedete der Sicherheitsrat im Jahr 1992 die Resolution 748. In dieser wird der Terrorismus an sich zum ersten Mal verurteilt und Libyen aufgefordert, bei der Aufklärung des Falls zu kooperieren. Ebenfalls in dieser Resolution wird der internationale Terrorismus erstmals als Bedrohung des Weltfriedens bezeichnet, womit sich der Sicherheitsrat die Kompetenz zu handeln einräumt (vgl. Art. 39 UN-Charta).

42 Aber auch abseits des aus heutiger Sicht eher altmodischen libyschen Staatsterrorismus ist die Verrechtlichung internationaler Sicherheitspolitik mit der Ausbreitung des Terrorismus einher gegangen, wie die folgenden Beispiele verdeutlichen:

43 So folgte auf die Einheitliche Europäische Akte (1987), die erstmals der Europäischen Politischen Zusammenarbeit (EPZ) rechtliche Strukturen gab, der Abzug der Sowjetunion aus Afghanistan (1988). Auf den Vertrag von Maastricht (1992), der die Union und damit die außen- und sicherheitspolitische Säule schuf, folgte im gleichen Jahr die genannte erste SR-Resolution, die Terrorismus als Bedrohung des Weltfriedens bezeichnete. Im folgenden Jahr wurde der erste Anschlag auf das New Yorker WTC verübt. Nach den Anschlägen vom 7. August 1998 auf die US-Botschaften in Daressalam und Nairobi wurde beim UN-Sicherheitsrat erstmals ein Sanktionsregime für Individuen eingerichtet (dazu sogleich).

44 Bis zum Jahr 2001 hat der internationale Terrorismus folglich parallel mit der Europäischen Union die Bühne des internationalen Rechts erklommen. Zunehmend war die Europäische Union bereit, ihre Stellung als internationaler Akteur zu behaupten. Der Terrorismus – und damit Individuen – rückte in den Blickpunkt von Militär und internationaler Politik. Welche Erwartungen und Befürchtungen das in Bezug auf die europäische Integration auslöste, soll im Folgenden in den Vordergrund gestellt werden:

45 Während Kritiker das europäische Projekt beim Terrorismus mit einer Bewährungsprobe konfrontiert sahen, die es mangels echter verfassungsrechtlicher Konsolidierung und politischer Homogenität nicht bewältigen konnte, erhofften sich Befürworter einer internationalen Rule of Law von 9/11 so etwas wie einen „International Constitutional Moment“⁴⁰. Angesichts des amerikanischen „War on Terror“ plädierten andere für eine europäische Identitätsbildung in Abgrenzung vom „Anderen“ in Gestalt der USA.⁴¹

S. 84

- HFR 5/2009 S. 11 -

46 Für die Kritiker der „postnationale Konstellation“ (J. Habermas) vermischten sich mit

³⁸ SR-Resolution 286 (1970).

³⁹ SR-Resolution 579 (1985).

⁴⁰ A.-M. Slaughter / W. Burke-White, An International Constitutional Moment, Harv. ILJ 40 (2002), 1 ff.

⁴¹ Vgl. die Kritik bei M. Kumm, The Idea of Thick Constitutional Patriotism and Its Implications for the Role and Structure of European Legal History, GLJ 6 (2005), 319 (321 f.).

der Terrorismusbekämpfung auf überstaatlicher Ebene zwei Grundübel zu einer kafkaesken „Unbegreiflichkeit“, die selbst gestandene Verfassungsrichter erschauern lässt.⁴² Obwohl sich 79 % der Europäer eine stärkere europäische Zusammenarbeit bei der Bekämpfung des Terrorismus wünschen,⁴³ mutiert die Union für viele (und gerade Juristen) von einer Antwort auf Nachkriegsängste zu einem Auslöser von Modernitätsängsten.⁴⁴

- 47 Die Gründe für ein solches Misstrauen liegen zum großen Teil im Ausnahmecharakter der Union begründet. Ähnlich einem sicherheitspolitischen Ausnahmezustand stärkt die Europäische Union die Exekutive zu Lasten der parlamentarischen Legislative und garantiert damit ihre erstaunliche Effizienz, die trotz des häufigen Wehklagens über den langsamen Bürokratenhort „Brüssel“ nicht zu leugnen ist. Das v.a. hierdurch begründete Demokratiedefizit lässt viele die Union gewissermaßen als „juristische vierte Dimension“⁴⁵ wahrnehmen und immer daran erinnern, noch nicht am Ziel angekommen zu sein.
- 48 Diese Unentschiedenheit – die sich auch auf die öffentliche Wahrnehmung auswirkt – wird durch die seit der Einheitlichen Europäischen Akte vollzogene Schlagzahl an europäischen „Verfassungsreformen“ potenziert. Das Scheitern eines Verfassungsvertrags (und vorerst auch seines Nachfolgers) hat hier *einerseits* das Ende des permissiven Konsenses angedeutet und *andererseits* hätte auch ein Verfassungsvertrag – wie der Name schon verdeutlicht – keinen Schlusstrich unter die Finalitäts-Debatte gezogen.
- 49 Wenn man nun einen Blick auf die Reaktion der Europäischen Union auf die Ereignisse des 11. Septembers wirft, dann meint man zunächst tatsächlich eine Art Konsensschub wahrzunehmen. Bereits einen Tag nach den Anschlägen trafen die Außenminister zu einer Sondertragung zusammen, um den Terrorismus zu verurteilen und eine Stärkung der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) und des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (RFSR) anzustoßen. Daraufhin schlug die Kommission am 18. September einen ganzen Blumenstrauß von möglichen Maßnahmen vor. Nicht viel später, am 21. September, traf auch der Europäische Rat zusammen. Dieser stellte einen Aktionsplan auf, der neben allgemeinen Proklamationen auch die konkrete Schaffung eines sog. Europäischen Haftbefehls und die finanzielle Austrocknung des Terrorismus mittels Sanktionen forderte.⁴⁶
- 50 Bezüglich der Finanzsanktionen ist zwar zuzugeben, dass es bereits seit 1999 auf das afghanische Talibanregime abzielende Sanktionen gab, doch wurden diese erst mit der Beseitigung des Regimes durch den von Amerika angeführten Vergeltungskrieg entterritorialisiert. Dieses vom UN-Sicherheitsrat determinierte (und vom Sanktionsausschuss überwachte) 1267-Sanktionsregime (SR-Res. 1267/1999) wurde somit nach dem 11. September unter Mithilfe der Europäischen Union zu einem allgemeinen Sanktionssystem, das auf individuelle Personen und Organisationen abzielt. Es entstand ein vom Sicherheitsrat initiiertes Verwaltungsapparat, dessen Entscheidungen in der Union in Form von Gemeinsamen Standpunkten und Verordnungen mittels einer EG- und EU-Vertrag verbindenden Konstruktion (Art. 301, 60, 308 EG) ausgeführt wurden.

S. 85

- HFR 5/2009 S. 12 -

- 51 Hinzu stieß die SR-Res. 1373/2001, die der Union aufgab, selber Terrorfinanziers ausfindig zu machen und trocken zu legen. Dies tat die Union ebenfalls in Form von Ge-

⁴² So U. Di Fabio auf einem Symposium zu Ehren der früheren Bundesverfassungsrichterin Karin Graßhof. Zitiert nach W. Müller, FAZ (Nr. 152) v. 4. 7.2007, 8.

⁴³ Eurobarometer 69 (Frühjahr 2008), abrufbar unter http://ec.europa.eu/public_opinion/. Für mit Abstand kein anderes Sachgebiet wird von den Befragten ein stärkeres europäisches Vorgehen gewünscht.

⁴⁴ U. Haltern, Europäischer Kulturkampf, Der Staat 37 (1998), 591 (611).

⁴⁵ J. Zeh, Justitia in Schlaghosen, HFR 3-1999, 1 (7) (www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/3-1999/seite1.html).

⁴⁶ Vgl. zum Ganzen R. Bossong, The Action Plan on Combating Terrorism, JCMS 46 (2008), 27 ff.

meinsamen Standpunkten, die mutmaßliche Terroristen nannten, von denen die nicht-europäischen gleichfalls mit einer Verordnung zur Einfrierung ihrer Gelder bedacht wurden.

- 52 Auch der Europäische Haftbefehl⁴⁷ wurde bereits im Dezember in Form eines Rahmenbeschlusses beschlossen und überwand mit Hilfe des post- 9/11-Momentums bestehende Widerstände schneller als erwartet.⁴⁸ Mit seiner Hilfe sollten (auch) mutmaßliche Terroristen in der ganzen Union verfolgt und schließlich überstellt werden.
- 53 Doch abgesehen von diesen beiden Erfolgserlebnissen, die eher bürokratische Verfahren betrafen, konnte die Europäische Union im Bereich der sog. high politics, also etwa in der Außen- und Verteidigungspolitik, zu Fragen der Terrorismusbekämpfung keine gemeinsame Position finden. Die auf dem Freiwilligkeitsprinzip aufbauende GASP und Europäische Verteidigungs- und Sicherheitspolitik (EVSP) scheiterte hier spätestens angesichts der in Europa tief gespaltenen Meinungen zur US-amerikanischen Intervention im Irak. Mit der Osterweiterung verlief diese Spaltung mitten durch die Gemeinschaft, und durch die europäischen Mitgliedsstaaten im UN-Sicherheitsrat.
- 54 Auch im Bereich der inneren Sicherheit folgten auf den Europäischen Haftbefehl keine vergleichbaren Fortschritte. Hier stand ebenfalls das unionsrechtliche Einstimmigkeitserfordernis der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS) einer sicherheitspolitisch heterogenen Gemeinschaft gegenüber. Insbesondere Spanien und das Vereinigte Königreich fanden sich mit ihren Forderungen nach intensiveren Aktivitäten isoliert wieder.
- 55 Nachdem der Verfassungsvertrag und eine mögliche Nutzung der Passerelle (Art. 42 EU) zur Vergemeinschaftung der PJZS verworfen wurde, machte schließlich auch der EuGH Hoffnungen auf eine grenzenlose „Flucht aus der Dritten Säule“ zunichte.⁴⁹ Er verhinderte damit, dass Ziele des EUV mittels der Annexvorschriften des EGV umgangen wurden.
- 56 Wenn man von eher symbolischen Gesten, wie der Schaffung eines Minimalkonsenses hinsichtlich terroristischer Straftaten im Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung⁵⁰, der Abhaltung eines europäischen „Tag der Terrorismusopfer“ zum ersten Jahrestag der Anschläge von Madrid oder der Ausrufung einer European Security Strategy (ESS) im Jahr 2003, absieht, dann fällt die bisherige Bilanz der Europäischen Union bei der Terrorismusbekämpfung eher ernüchternd aus.⁵¹ Noch negativer könnte das Bild aussehen, wenn man bedenkt, dass sich die beiden „Erfolge“ – Europäischer Haftbefehl und Sanktionenregime – enormen Druck nationaler Gerichte ausgesetzt sahen und beinahe zum Vertrauensbruch mit diesen geführt hätten.

S. 86

- HFR 5/2009 S. 13 -

- 57 Im Fall des Europäischen Haftbefehls behauptete das BVerfG seine nicht unumstrittene Kompetenz zur Einforderung grundrechtsschonender Umsetzung europäischer Rechtsakte, soweit diese dem deutschen Gesetzgeber Ermessen einräumten.⁵² Und statt eine verfassungskonforme Auslegung oder teilweise Nichtigerklärung des Umsetzungsgesetzes anzuordnen, nutzte das BVerfG sein größtes Mittel – die komplette Nichtigerklärung – und brachte damit die Bundesrepublik in Umsetzungsverzug und stellte –

⁴⁷ 2002/584/JI (ABl. L 190/1) v.13.6.2002.

⁴⁸ Vgl. C. Hill, Renationalizing or Regrouping?, JCMS 42 (2004), 143 (147).

⁴⁹ Verb. Rs. C-317/04 – Fluggastdaten, Slg. 2006, I-4721. Für eine kleine Öffnung im Bereich des Strafrecht vgl. allerdings Rs. C-176/03 – Umweltstrafrecht, Slg. 2005, I-7879; Rs. C-440/05 – Strafrecht gegen Verschmutzung durch Schiffe, Slg. 2007, I-9097.

⁵⁰ 2002/475/JI (ABl. L 164/3) v. 13.06.2002.

⁵¹ Vgl. mit ausführlichen Nachw.: M. Kleine, Die Reaktion der EU auf den 11. September, Münster 2004; J. Monar, Die EU und der internationale Terrorismus, in: W. Weidenfeld (Hrsg.), Herausforderung Terrorismus, Wiesbaden 2004, 136 ff.

⁵² BVerfGE 113, 273 ff. – Darkanzali, vgl. die Kritik bei U. Haltern, Europarecht?, Tübingen 2007, Rn. 1003 und J. Masing, Vorrang des Europarechts bei umsetzungsgebundenen Rechtsakten, NJW 2006, 264 ff.

einigermaßen unumwunden – implizit den Rahmenbeschluss als Ganzes in Frage.⁵³

- 58 Auch die angesprochenen Sanktionsregimes – der zweite „Erfolg“ europäischer Anti-terrorpolitik – gerieten in der Folge in den Blick der deutschen Verfassungsrichter. So gaben zwei von ihnen explizit Bedenken hinsichtlich des mangelhaften Rechtsschutzes der von den Sanktionen Betroffenen in Interviews zu Protokoll.⁵⁴ Auch die Zurückhaltung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) schien dem EuG(H) hier nicht auf Dauer gesichert.⁵⁵
- 59 Ohne realistische Wahlmöglichkeit deinstallierte der EuGH in der Folge die Sanktionsregimes und passte sie damit Schritt für Schritt den Forderungen der ihn bedrohenden Höchstgerichte an.
- 60 Was ein solches Verständnis des „Kooperationsverhältnisses“ (BVerfG) zwischen den europäischen Höchstgerichten über die Möglichkeit und Verortung eines terroristischen Ausnahmezustands in der europäischen Rechtsgemeinschaft aussagt, soll im abschließenden Teil (V.) dieses Beitrags erörtert werden.

S. 87

- HFR 5/2009 S. 14 -

61 V. Ausblick: Juristischer Auftrag und Dialog der Gerichte

Ohne hier eine ausgiebige Betrachtung der angesprochenen Entscheidungen des EuGH vorzunehmen,⁵⁶ soll danach gefragt werden, was uns das post-9/11-Szenario über den Zustand der europäischen Rechtsgemeinschaft zu sagen hat.

- 62 Eine Lesart könnte sein, dass sich die Union erneut als echte „Rechtsgemeinschaft“⁵⁷ bewiesen hat. So hat Generalanwalt Poiares Maduro, dem später auch der EuGH folgte, ausgeführt:
- 63 „Gerade wenn es um die öffentliche Sicherheit geht, neigt die Politik dazu, zu stark auf unmittelbare populäre Anliegen zu reagieren und die Behörden zu veranlassen, die Ängste vieler auf Kosten der Rechte einiger Weniger zu besänftigen. An eben diesem Punkt müssen die Gerichte eingeschaltet werden, damit gewährleistet ist, dass die politischen Notwendigkeiten von heute nicht die rechtlichen Realitäten von morgen werden.“⁵⁸
- 64 Zugunsten dieser These könnte (paradoxiertweise) auch angeführt werden, dass das bereits in Grundzügen seit 1999 bestehende Sanktionsregime lange von den Medien unbeachtet blieb. Der Gefahr einer vom Terrorismus geprägten medialen Beeinflussung der europäischen Rule of Law war es folglich lange entzogen. Erst die umstrittenen Urteile des EuG entfachten eine sich langsam intensivierende Diskussion.
- 65 Dieser Umstand, der durch die Individualität der Sanktionen noch verstärkt wird, ist aber gleichzeitig einer der maßgeblichsten rechtsstaatlichen Mängel dieses Regimes gewesen. Die ohnehin schwach ausgeprägte europäische Öffentlichkeit wurde durch die Kompetenzverflechtung mit dem UN-Sicherheitsrat und dessen Ausschüssen und aufgrund der enorm kleinen Gruppe Betroffener weiter in der Ausübung ihrer Verantwortung geschwächt. Erst als die Betroffenen in den Strudel eines Kompetenz-

⁵³ Dies führte auch dazu, dass einige Mitgliedstaaten Deutschland eine im Europarecht normalerweise undenkbar *exceptio non adimpleti contractus* (vgl. Art. 60 u. 72 WVK) androhten, vgl. dazu K. Lenaerts, *The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union*, CMLRev 44 (2007), 1625 (1639).

⁵⁴ Vgl. die Spiegel-Gespräche mit dem Präsidenten des BVerfG H.-J. Papier, *Der Spiegel* 3/2008, 24 (26) und dem damaligen Vizepräsidenten W. Hassemer, *Der Spiegel* 12/2008, 38 (40).

⁵⁵ Vgl. die Aussagen von G. Ress in: *Supranationaler Menschenrechtsschutz und der Wandel der Staatlichkeit*, ZaöRV 64 (2004), 621 (638) und in seinem Sondervotum zur *Bosphorus*-Entscheidung des EGMR (Individualbeschwerde Nr. 45036/98 v. 30.6.2005).

⁵⁶ Für eine ausführliche Besprechung der Rechtsprechung des EuGH zu den Sanktionsregimen vgl. U. Haltern, *Europarecht*², Tübingen 2007, Rn. 1194 ff.

⁵⁷ Vgl. nur W. Hallstein, *Die Europäische Gemeinschaft*⁵, Düsseldorf/Wien 1979, 53.

⁵⁸ Rs. C-402/05 P – *Kadi*, noch nicht in amtl. Slg., Schlussanträge GA Poiares Maduro v. 16.1.2008, Rz. 45.

konflikts zwischen den europäischen Höchstgerichten gerieten, wurden sie – gewissermaßen *a/s* Medien – in die Öffentlichkeit gedrängt. Hier wird deutlich, dass diese Art von Ausnahmezustand genauso wenig dem konventionellen Ausnahmezustand ähnelt wie der konventionelle Krieg dem Terrorismus gleicht.

- 66 Indem der EuGH auf die Kritik reagierte, hat er aber nicht nur versucht die Rechtsgemeinschaft zu stärken, sondern teilweise mehr oder weniger offen das (Völker-)Recht gebrochen, um den an ihn gestellten Anforderungen gerecht zu werden.

S. 88

- HFR 5/2009 S. 15 -

- 67 So hat er sich bereit erklärt – trotz mangelnder Kompetenz (vgl. Art. 35 I EU) – Gemeinsame Standpunkte der PJZS zu überprüfen, statt eine Rechtsschutzlücke zu konstatieren oder die Einheitlichkeit des Unionsrechts durch eine dezentrale Kontrolle der nationalen Gerichte zu gefährden. Er stellte fest:
- 68 „Die Möglichkeit, den Gerichtshof um Vorabentscheidung zu ersuchen, muss daher in Bezug auf alle Maßnahmen des Rates unabhängig von ihrer Rechtsnatur oder Form offenstehen, sofern sie Rechtswirkungen gegenüber Dritten erzeugen sollen (...).“⁵⁹
- 69 So wichtig dieser Schritt für das unionsrechtliche Rechtsschutzsystem gewesen sein mag, der Gewinn an Rechtsstaatlichkeit steht hier einem offenen Rechtsbruch gegenüber.
- 70 Im Rahmen der eng an die SR-Resolutionen gebundenen Sanktionen musste der EuGH die Rechtsprechung des EuG hinsichtlich des mangelnden Grundrechtsschutzes korrigieren. Erstinstanzlich wurde dort den Betroffenen nur ein Schutz von *jus cogens* zugebilligt und damit dem UN-Recht Vorrang eingeräumt.⁶⁰
- 71 Der EuGH stand vor dem Dilemma, *einerseits* nicht die Normativität von SR-Resolutionen in Frage zu stellen, was auch primärrechtlich durch Art. 307 EG eigentlich ausgeschlossen wäre, und *andererseits* die Eigenständigkeit des Gemeinschaftsrechtssystem zu behaupten und damit die an sich gestellten Erwartungen, insbesondere der nationalen Verfassungsgerichte, zu erfüllen. In der Sache hat der EuGH schließlich in die SR-Resolutionen Spielräume hineininterpretiert, und damit den offenen Bruch mit der UNO etwas verschleiert.
- 72 „Allerdings schreibt die UN-Charta kein bestimmtes Modell für die Umsetzung der Resolutionen (...) vor, vielmehr hat die Umsetzung nach den Modalitäten zu erfolgen, die insoweit in der nationalen Rechtsordnung des jeweiligen Mitgliedstaats der UNO gelten. Denn die UN-Charta lässt grundsätzlich den Mitgliedstaaten die freie Wahl zwischen verschiedenen Modellen für die Übernahme solcher Resolutionen in ihre nationale Rechtsordnung.“⁶¹
- 73 So richtig diese Aussage ist, so problematisch ist sie für das bestehende Sanktionsregime. Dieses sieht eben nur die Verabschiedung der Listen und das anschließende Einfrieren der Finanzmittel durch die Staaten vor. Abgesehen von der Gewährung finanzieller Mittel zur Absicherung des Existenzminimums und der Schaffung einer zentralen Anlaufstelle für unverbindliche Beschwerdeverfahren („focal point“), ist ein rechtsstaatliches Verfahren nicht vorgesehen.⁶² Der umfassende Zugang zu Dokumenten oder eine detaillierte Begründung ist vom Sicherheitsrat nicht zu erwarten. Wie sich die Forderung des Sicherheitsrats nach einem zumindest teilweise öffentlichen Statement des vorschlagenden Staates in der Praxis entwickeln wird, ist

⁵⁹ Rs. C-354/04 P – *Gestoras Pro Amnistía*, Slg. 2007, I-1579, Rz. 53.

⁶⁰ Vgl. nur Rs. T-315/01 – *Kadi*, Slg. 2005, II-3649, Rz. 215 ff.

⁶¹ Verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P – *Kadi*, Urteil (Gr. Kammer) v. 3.9.2008, noch nicht in amlt. Slg., Rz. 298.

⁶² Stattdessen forderte der UN-Sicherheitsrat die Mitgliedstaaten dazu auf, ihre Anstrengungen bei der Durchführung der Sanktionen zu verdoppeln, siehe Rz. 8 der jüngsten SR-Res. 1822/2008.

noch nicht absehbar.⁶³ Nach dem jetzigen Stand ist das SR-Regime aber damit vom EuGH praktisch ausgehebelt worden. Dies wird besonders deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass die Rechtsprechung des EuGH zur Folge hat, dass der Rat selbst im Rahmen seiner autonom festgelegten Sanktionsliste (initiiert durch das 1373-Regime, s.o.) den Anforderungen an ein solches Verfahren kaum gerecht werden kann.⁶⁴

S. 89

- HFR 5/2009 S. 16 -

- 74 Selbst wenn man also in der Rechtsprechung des EuGH die Bewährung der europäischen Rechtsgemeinschaft sehen will, sollte man sich vor Augen führen, dass *erstens* nach wie vor alle hier genannten terrorverdächtigen Gruppierungen oder Individuen auf den aktualisierten Listen geführt werden.⁶⁵ *Zweitens* dürfte es illusorisch sein zu erwarten, dass die europäischen oder amerikanischen Geheimdienste ihre Informationen und Quellen offen legen, um dem EuGH gerecht zu werden. Es wäre aber auch falsch, davon auszugehen, der EuGH hätte hier Tempo und Durchschlagskraft seiner Korrektur des EuG selbst bestimmt.⁶⁶ Beim Ausruf seiner Eigenständigkeit hat sich das Gemeinschaftsgericht zugleich vor seinen Kritikern – auch dem Bundesverfassungsgericht – verbeugt.
- 75 Aus sicherheitspolitischer Sicht lehrt dieser Konflikt, dass zu einer erfolgreichen Durchsetzung eigener Interessen nicht die Mehrheit im Rat, Parlament, in der Kommission oder gar im EuGH genügt; hinzukommen muss vielmehr, dass auch andere (Verfassungs-)Gerichte ihren Einfluss geltend machen. Mächtige und zugleich sensible Gerichte bilden dabei den Mindeststandard, unter den keine Maßnahme fallen darf.⁶⁷ Eine europäische Sicherheitspolitik, die auch auf europäischen Vorstellungen von Sicherheit und Freiheit fußt, ist somit immer schon im Ansatz beschränkt.
- 76 Die Informalität dieses Einflusses ist dabei demokratischer Kontrolle per se entzogen, da die Entscheidung über einen möglichen terroristischen Ausnahmezustand auf das Spielfeld juristischer Argumentation verlagert wird. Die Richter verschiedener Ebenen belagern sich auf diesem in einem Spannungsfeld, das von *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* über *pacta sunt servanda* und *ultra vires* reicht. Ein terroristischer Ausnahmezustand hinge in dieser Konstellation von der juristischen Rhetorik ab, deren Normativität vom Glauben an das Recht als *gemeinsame* Praxis abhängt. Die These von der annähernd zweifelsfreien juristischen Methode wird spätestens im europäischen Mehrebenensystem vom Zweifel um die juristische Kompetenz-Kompetenz abgelöst. Auf diese Weise werden Kontroversen politischer Identität mittels juristischer Methodik ausgefochten.
- 77 Eine solcher Kampf ums Recht ist nicht zu verwechseln mit Anarchie oder Revolution: Die Gerichte nehmen so lange an der Welt des Rechts teil, wie sie dieses reformieren, verbessern und schützen wollen und dies anerkannt wird. Sie sind dann immer noch Teil einer gemeinsamen sozialen Praxis, einer gewissen kollektiven Identität, eines ge-

⁶³ Vgl. Rz. 12 f. der jüngsten SR-Res. 1822/2008.

⁶⁴ Hierzu Rs. T-256/07 – *Volksmudschahedin des Iran II*, Urteil (Siebte Kammer) v. 23.10. 2008, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 167 ff. und auch Rs. T-284/08 – *Volksmudschahedin III*, Urteil (Siebte Kammer) v. 4.12.2008, noch nicht in amtl. Slg. Die beiden Sanktionsregimes (1373 und 1267) unterscheiden sich nahezu ausschließlich dadurch, dass die Betroffenen der 1373-Liste vom Rat eigenständig ausgewählt werden, während die 1267-Liste vom Sicherheitsrat geführt wird.

⁶⁵ Vgl. jetzt aber Rs. T-284/08 – *Volksmudschahedin III*, Urteil (Siebte Kammer) v. 4.12.2008, noch nicht in amtl. Slg., und den anschließenden Beschluss nach Art. 129 EuG-VerfahrensO v. 17.12.2008. Damit waren schließlich alle Verzögerungstaktiken des Rates erschöpft. Am 26.01.2009 wurden die *Volmudschahedin* des Iran von der Liste gestrichen..

⁶⁶ Vgl. *E.A. Posner/A. Vermeule*, *Terror in the Balance*, Oxford 2007, 17 ff., zur dynamischen Auslegung amerikanischer Höchstgerichte in Zeiten von Bedrohung.

⁶⁷ Vgl. hierzu jüngst den Beschluss des BVerfG v. 11.3.2008 (1 BvR 256/08) bezüglich der Richtlinie (2006/24/EG) zur Vorratsdatenspeicherung. Dieser kann als eine einigermaßen eindeutige Drohung Richtung EuGH verstanden werden. In der Sache war bereits der Erlass einer einstweiligen Anordnung, ohne dem EuGH vorzulegen, verfehlt, was hier aber nicht weitergehend begründet werden kann. Die Zweifel bezüglich der grundrechtlichen Vereinbarkeit des Rahmenbeschlusses wurden und werden im anhängigen Verfahren vor dem EuGH jedenfalls nicht thematisiert (vgl. Rs. C-301/06 – *Vorratsdatenspeicherung*, Schlussanträge GA Bot v. 14.10.2008).

meinsamen Glaubens.⁶⁸ Im schlimmsten Fall wird dabei das Recht seiner Legitimität völlig entkleidet und sein einziger Bezug zum Recht bleibt die Unterstellung eines Bezugs zum Gesetz. Giorgio Agamben hat dies mit der Herauslösung der Gesetzeskraft aus dem Gesetz, der „(Gesetzes)kraft“, bezeichnet.⁶⁹ Diese ist aber nicht mit der Reduzierung auf das Faktische gleich zu setzen (s.o.). Die Ausnutzung der prekären Schwelle zwischen Recht und Macht ist in einer Welt der zunehmenden Verrechtlichung potentiell viel mächtiger als rohe Gewalt.

S. 90

- HFR 5/2009 S. 17 -

- 78 Aufgabe der Rechtswissenschaft sollte es deshalb sein, auch dieser (Gesetzes)kraft auf die Spur zu kommen. Interessenskonflikte zwischen Höchstgerichten müssten von der Wissenschaft transparent gemacht werden. Ökonomische Sachzwänge und Bedrohungen des Politischen dürfen dem Juristen nicht gänzlich verborgen bleiben. Während es an ökonomischen Analysen des Rechts nicht mangelt, wird dem Recht als Brille und dessen Schwächen zu wenig Aufmerksamkeit entgegen gebracht. Dies liegt vor allem daran, dass die meisten juristischen Untersuchungen geschrieben werden, ohne dass die Brille des Rechts abgenommen wird.
- 79 Indem der Jurist aber seine Brille in die Welt hinausgetragen hat, ist er für die Verrechtlichung komplexester Gesellschaftskonflikte mitverantwortlich. Wie Agamben mit seinem Homo-sacer-Projekt herausgestellt hat, gilt deshalb auch für den Juristen, dass *gut* das Gegenteil von *gut gemeint* sein kann.⁷⁰
- 80 Der völkerrechtliche Bann, mit dem der UN-Sicherheitsrat und die Europäische Union mutmaßliche Terroristen bedachten, ist ein gutes Beispiel für die Schattenseiten der globalen Verrechtlichung. Kaum hatte es das Individuum auf die Bühne des Völkerrechts geschafft, musste es schmerzhaft erleben wie die Vorenthaltung nahezu aller Rechte die Umkehrung dieses Fortschritts bedeuten kann. *La Grand*⁷¹ ist deswegen zusammen mit *Kadi* (s.o.) zu lesen. Das Recht trägt immer auch den Ausnahmezustand, die (Gesetzes)kraft in sich. Dieses Dilemma wird durch Juristen potenziert, die Rechte ohne Demokratie denken können und wollen.⁷²
- 81 Eine Möglichkeit, den Friktionen eines solchen Rechts beizukommen, ist die Ausweitung informaler gegenseitiger Kontrolle, wie sie das BVerfG gerne vornimmt. Die globale juristische Expertengemeinschaft könnte sich so gegenseitig kontrollieren und argumentativ befruchten.⁷³ Das ist der Demokratie kein Fortschritt, aber vielleicht könnte damit schlimmsten Auswüchsen entgegengewirkt werden.
- 82 Viel versprechender erscheint, die Rechtswissenschaft ernsthaft in die Pflicht zu nehmen. Sie muss die Einschränkungen der Brille des Rechts anerkennen und darf diese nicht nur am Horizont des Nationalstaats, dem Abgrund des Außenpolitischen, lokalisieren. Vielmehr hat das Politische mit der Vereinnahmung des Individuums von der Welt des (Völker-)Rechts längst auch in das Innere der Rechtsordnung gefunden. Die Rechtswissenschaft benötigt – um im Bild zu bleiben – eine Lesebrille, die den Nahbereich scharf stellt, damit auch hier das Individuum nicht der gnadenlosen Logik juristischer Argumentation ausgeliefert wird. Die dogmatische Brille des Rechts reicht weder im Inneren noch im Äußeren für eine Wissenschaft aus, die ernst genommen werden möchte. Selbst wenn diese Unterscheidung einmal entfallen sollte.
- 83 Auch Juristen können der Politik Handlungsoptionen aufzeigen, die keine bloße fortschreitende Verrechtlichung zum Inhalt hat. Zumal in der Terrorismusbekämpfung be-

⁶⁸ P. W. Kahn, *The Cultural Study of Law*, Chicago 1999, 46 f.

⁶⁹ G. Agamben, *Ausnahmezustand*, Frankfurt a.M. 2004, 49.

⁷⁰ G. Agamben, *Homo sacer*, Frankfurt a.M. 2002.

⁷¹ IGH-Urteil v. 27.6.2001, ICJ Report 2001, 466.

⁷² Vgl. aber dagegen Versuche der Wiederbelebung eines streitbaren Demokratieverständnisses: C. Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechungen*, Berlin 2008 und C. Mouffe, *On the Political*, Abdingdon 2005.

⁷³ Vgl. hierzu A.-M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton 2004, 65 ff.

sonders fraglich sein könnte, ob die Gerichte anderen Foren in Punkto Expertise, Informationsversorgung und Verantwortlichkeit überlegen sind.

- 84 Davon, dass auch Grundrechte ihr eigentliches Forum verlassen haben und zum Handelsobjekt internationaler Rechtsdiskurse geworden sind, sollten aber nicht nur Juristen Kenntnis nehmen. Vorstellungen von einer Globalisierung des Recht und einer Ökonomisierung terroristischen Hasses, etwa in Form einer Sparkasse des Zorns,⁷⁴ haben den Reiz der Logik für sich. Wie rational die Fundamente dieser Imaginationen wirklich strukturiert sind, stellt sich spätestens nach dem Crash heraus. Dem muss aber nicht so sein.

Zitierempfehlung: Christopher Unseld, HFR 2009, S. 74 ff.

⁷⁴ Vgl. P. Sloterdijk, Zorn und Zeit, Politisch-psychologischer Versuch, Frankfurt a.M. 2006.