

Nele Austermann/Gianna Magdalena Schlichte

Gefährliche Begriffe?!

Über „Gefährder“ und drohende Gefahren

I. Einleitung

Personen werden als „Gefährder“ im Bereich politisch motivierter Kriminalität „rechts“, „links“ und „islamischer Terrorismus“ kategorisiert. In der medialen, politischen und sicherheitsrechtlichen Öffentlichkeit wird der Begriff vorwiegend bezogen auf den „islamistischen“ Personenkreis im Zusammenhang mit Terrorismusbekämpfung verwendet.¹ Den „Schläfer“ ablösend, wurde der Begriff durch ein Interview mit Wolfgang Schäuble in die Öffentlichkeit getragen und hat inzwischen indirekt Eingang ins Gesetz und den allgemeinen Sprachgebrauch gefunden.² Der Begriff „Gefährder“ betrifft einen Personenkreis, bei dem jederzeit – aber nicht näher absehbar wann – mit der Realisierung einer Gefahr gerechnet wird. Das Vorliegen einer Gefahr als Maßstab für staatliche Eingriffsbefugnisse wird so mit der Person des Betroffenen verknüpft, nicht mehr mit der von ihm_ihr ausgehenden situativen Gefährlichkeit. Die Gefahr wird damit personalisiert. Die Einführung der Regelung einer sog. „drohenden Gefahr“ als Eingriffsgrundlage der Polizei in § 11 Abs. 3 BayPAG positiviert diese Entwicklung. Außerdem bedürfen staatliche Eingriffe nun nicht mehr einer Gefahrenlage, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in absehbarer Zeit die öffentliche Sicherheit oder Ordnung schädigen wird (also einer konkreten Gefahr), sondern können schon im Vor-Vorfeld dieser Gefahr ergriffen werden. Personifizierung der Gefahr und die Einführung präventiver Maßnahmen sind zwei Veränderungen, die als Paradigmenwechsel³ beschrieben werden und miteinander zusammenhängen.

Wir fragen uns deswegen in diesem Beitrag: Was bedeutet es für die Art der Eingriffsbefugnisse und der Bewertung einer Erforderlichkeit solcher, wenn die Gefahr der Mensch selbst ist? Ausgehend von einem in der rechtswissenschaftlichen Literatur ge-

1 Die Frage inwieweit hierin eine soziale Konstruktion von uns (der (christlichen?) Mehrheitsgesellschaft) und den als bedrohlich beschriebenen anderen (den Muslimen) markiert wird, ist nicht Gegenstand dieses Aufsatzes. Dazu im Zusammenhang mit dem Kopftuch: Susanne Baer, Rechtssoziologie, 3. Auflage, Baden-Baden 2017, 70.

2 Maria Laura Böhm, Der „Gefährder“ und das „Gefährdungsrecht“, Göttingen 2011, 224; zum allgemeinen Sprachgebrauch siehe nur Titel des Spiegel (38/2018): „Der Gefährder. Wie Horst Seehofer persönliche Krisen zu Regierungskrisen macht“.

3 Friedrich Schoch, Abschied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats?, *Der Staat* 43 (2004), 347 ff. (350).

zeichneten Bild der „tickenden Zeitbombe“⁴ (oder dem „Typus: Gefährder“),⁵ von Menschen also, die jederzeit und ohne Vorbereitungsaufwand eine Vielzahl von anderen Menschen töten könnten, wird schon jetzt, wie im Falle des BayPAG (bspw. präventive Freiheitsentziehung) oder im Falle des § 58a AufenthG (Abschiebungsanordnung), die „Besitzigung“ des Menschen als erforderliche Maßnahme gerechtfertigt.

Unsere Bedenken gegenüber den Effekten⁶ einer derart geführten rechtstheoretischen Debatte entfalten wir in drei Schritten: Die rechtliche und rechtstheoretische Einordnung der Argumentationsstruktur von einem situativen hin zum personifizierten Gefahrenbegriff soll durch die Auseinandersetzung mit dem Gefahrenbegriff der drohenden Gefahr und des „Gefährders“ nachgezeichnet werden (II.). Durch die Darstellung der Gefahr, die der Entwicklung der Personifizierung im Gefahrenabwehrrecht innewohnt (III.), und der Formulierung der These der „Performativität rechtsstaatlicher Grenzen“ (IV.), wollen wir die rechtstheoretische Diskussion um einen bisher unterreflektierten Aspekt der Benutzung von Begriffen erweitern.

II. Begriffe: „Gefährder“ als drohende Gefahr?

„Ein Gefährder ist eine Person, bei der bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie politisch motivierte Straftaten von erheblicher Bedeutung, insbesondere solche im Sinne des § 100 a der Strafprozeßordnung (StPO), begehen wird.“⁷ So lautet die Arbeitsdefinition der Bundes- und Landessicherheitsbehörden. Eine Legaldefinition gibt und gab es nicht, trotzdem wollen wir im Folgenden die Entwicklung der rechtstheoretischen Diskussion um den so beschriebenen „Gefährder“ nachzeichnen. Wir wollen damit aufzeigen, wie die Personifizierung der Gefahr, der die Vorstellung von „Gefährdern“ zu Grunde liegt, Eingang in die gesetzlichen Definitionen der drohenden Gefahr gefunden hat – auch wenn nicht mehr ausdrücklich vom „Gefährder“ die Rede ist.

Die Einstufung als „Gefährder“ löst als solche noch keine Rechtsfolgen aus, sondern gibt Anlass zur Prüfung von ordnungsrechtlichen Maßnahmen. Sie soll laut einer Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage von Bundestagsabgeordneten polizeilichen Anwender_innen eine eindeutige Zuordnung ermöglichen und im Hinblick auf die Erkenntnislage und den Grad an Aktivität eine differenzierte Kategorisierung im Sinne einer Abstufung ermöglichen.⁸

Mit den Änderungen durch das Gesetz zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtsgesetzes wurden sodann weitreichende Eingriffsbefugnisse im Vorfeld einer konkreten Gefahr, insbesondere im Bereich der Erhebung von Daten zur heimlichen Überwachung und zur Abwehr der Gefahren des internationalen Terrorismus, eingeführt. Die ursprüngliche Regelung sah gem. § 20g Abs. 1 Nr. 2 BKAG (a.F) Eingriffe gegen „die Person, bei der Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten gemäß [...] bege-

4 Anna Leisner-Egensperger, Polizeirecht im Umbruch: Die drohende Gefahr, DÖV 2018, 677 ff. (682).

5 Kristina Bautze, Wie gefährlich sind Gefährder?, KJ 2018, 205 ff. (209).

6 Einen wissenssoziologischen Zugang zur Relativierung rechtsstaatlicher Prinzipien durch die Figur des „Gefährders“: Andrea Kretschmann, Soziale Tatsachen, APuZ 32-33/2017, 11 ff.

7 Wissenschaftliche Dienste, Legaldefinition des Begriffes „Gefährder“, WD 3-3000-046/17, 27.2.2017, 3.

8 BT-Drs. 18/12196, 2.

hen wird,“ vor. Offensichtlich liegt dieser Norm die Arbeitsdefinition des „Gefährders“ zugrunde – auch wenn dieser nicht ausdrücklich benannt wird. Im April 2016 beschäftigte sich das Bundesverfassungsgericht mit der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Änderungen und befand, dass § 20g Abs. 1 Nr. 2 BKAG und die diesbezüglichen Prognoseanforderungen nicht hinreichend bestimmt seien.⁹

Das Gericht benennt sodann zwei Möglichkeiten, wie mit dem Problem der Feststellung der hinreichenden Wahrscheinlichkeit im Rahmen der Prognoseentscheidung umzugehen ist. Zunächst hält es fest, dass es sich um Situationen handelt, in der „sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt“¹⁰ – es handelt sich demnach um eine Situation einer dem Gefahrenabwehrrecht bekannten, typischen Vorfeldgefahr.¹¹ Die Eingriffsschwelle der konkreten Gefahr wird dabei nicht erreicht. Sie scheitert nicht am Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadensereignisses an sich, sondern daran, dass sich das wahrscheinliche Schadensereignis nicht konkret genug beschreiben lässt.¹² Wenn sich der Schaden in diesem Sinne nicht hinreichend bestimmen lässt, muss nach dem Bundesverfassungsgericht zumindest der Schluss auf ein „seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen“¹³ und darauf, „dass bestimmte Personen beteiligt werden“¹⁴ möglich sein. Damit geht das Bundesverfassungsgericht in seinem BKA-Urteil von einem Gefahrenbegriff aus, bei dem abweichend von dem „der Art nach konkreten Gefahrenbegriff“ auch unterhalb der konkreten Gefahrenprognose Überwachungsmaßnahmen durchgeführt werden können. Genau dann, wenn „zwar noch nicht 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

Entsprechend bestimmt das BKA-Gesetz nunmehr die unterschiedlichsten Maßnahmen¹⁶ als zulässig, wenn „bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass erstens innerhalb eines übersehbaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise“ Schädigungen von Rechtsgütern und/oder Straftaten eintreten und „eine Person, deren individuelles Verhalten die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie innerhalb eines übersehbaren Zeitraumes eine Straftat nach [...] begehen wird“.¹⁷

Aus einer Person, bei der bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten begehen wird, ist eine Person geworden, deren individuelles Verhalten die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie innerhalb eines übersehbaren Zeitraumes straffällig wird.

9 BVerfG, U. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 165.

10 So zB § 20k BKA-Gesetz a.F.

11 Thomas Darnstädt, Ein personenbezogener Gefahrenbegriff, DVBl 2017, 88 ff. (92).

12 Ebd., 92.

13 BVerfG, U. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 112.

14 Ebd., Rn. 112.

15 Ebd., Rn. 112.

16 So § 45 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (besondere Mittel der Datenerhebung), § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 (Verdeckter Eingriff in informationstechnische Systeme), § 50 Abs. 1 Nr. 2 (Postbeschlagnahme), § 51 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (Überwachung der Telekommunikation), § 52 Abs. 1 Nr. 2 (Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten und Nutzungsdaten), § 56 Abs. 1 Nr. 1 (Elektronische Aufenthaltsüberwachung).

17 BVerfG, U. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 112, die entsprechenden Regelungen sind am 25.5.2018 in Kraft getreten.

Auch wenn es sich hier um wichtige Einschränkungen der Arbeitsdefinition des „Gefährders“ handelt, wird vom „individuellen Verhalten einer Person“ auf die „konkrete Wahrscheinlichkeit“ einer strafbaren Rechtsgüterverletzung abgestellt.¹⁸ Prognostiziert wird damit – abweichend vom sonstigen Gefahrenabwehrrecht – nicht das konkrete Schadensereignis, sondern die Täter_inschafft eines Individuums.¹⁹ Vermehrt wird hier von einem Paradigmenwechsel im deutschen Polizei- und Ordnungsrecht gesprochen: Aus einem situativen Gefahrenbegriff wird ein personifizierter Gefahrenbegriff.²⁰

Dieser Gefahrenbegriff hat unlängst als drohende Gefahr Eingang in verschiedene Polizeigesetze der Länder gefunden und wird als Grundlage für ein bundesweites Musterpolizeigesetz in Erwägung gezogen.²¹ Das in diesem Rahmen viel diskutierte bayerische Polizeiaufgabengesetz sieht in § 11 Abs. 3 Satz 1 BayPAG²² generelle Eingriffsbefugnisse der Polizei vor, wenn „Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkungen zu erwarten sind [...]\“. Damit wird eine neue Gefahrenkategorie der drohenden Gefahr eingefügt, um entsprechende Tatbestände im Vorfeld der Tat zu umschreiben (Vorfeldgeneralklausel), die nah an die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts angelehnt sind.²³ In Nr. 1 des § 11 Abs. 3 Satz 1 BayPAG muss das individuelle Verhalten eine konkrete Wahrscheinlichkeit begründen – diese muss aber nicht die hinreichende Wahrscheinlichkeit im Sinne einer konkreten Gefahr sein.²⁴ In Nr. 2 muss der Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen möglich sein – welcher Gefahrenmaßstab hierbei angelegt werden soll, wird weder in dem Gesetz noch in der Gesetzesbegründung deutlich. Als Prognosemaßstab gilt auch hier eine „gegenüber der konkreten Gefahr geminderte Wahrscheinlichkeit im Sinne der Erwartungen von Angriffen“.²⁵

Die Einführung der drohenden Gefahr in § 11 Abs. 3 BayPAG als Eingriffsgrundlage für staatliches Handeln stellt im Polizei- und Ordnungsrecht in zweifacher Hinsicht eine Neuerung dar: Zum einen wird der polizeirechtliche Gefahrenbegriff erweitert, was zum anderen zu einem erweiterten Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel führt.²⁶

18 Darnstädt (Fn. 11), 93; so auch Andreas Kulick, Gefahr, „Gefährder“ und Gefahrenabwehrmaßnahmen angesichts terroristischer Gefährdungslagen, AÖR 143, 175 ff. (211 ff.).

19 Ebd., 93.

20 David Kuch, Gefährder in Haft?, DVBl. 2018, 343 ff. (347).

21 Wissenschaftliche Dienste, Ausweitung polizeilicher Befugnisse in Deutschland und Europa, WD 3 – 3000 – 226/18, 27.7.2018.

22 Der Begriff der drohenden Gefahr wurde außerdem in Art. 13 Abs. 1 Nr. 1b (Identitätsfeststellung), Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 (erkennungsdienstliche Maßnahmen), Art. 21 Abs. 1 Nr. 3, Art. 22 Abs. 1 Nr. 1 (Durchsuchung von Personen und Sachen), Art. 32 Abs. 2 Nr. 1b (Datenerhebung bei öffentlichen Veranstaltungen), Art. 32a (elektronische Aufenthaltsüberwachung) und Art. 16 Abs. 2 Nr. 1 (Kontaktverbote) BayPAG eingeführt.

23 Kay Waechter, Polizeirecht in neuen Bahnen, NVwZ 2018, 458 ff. (460).

24 Strittig, so insbesondere aber Waechter (Fn. 23), 460 und wohl auch Leisner-Egensperger (Fn. 4), 687. Unstrittig aber, dass die Anforderungen an den konkreten Schadensverlauf bzw. die Konkretisierung des Kausalverlaufs abgesenkt sind.

25 Waechter (Fn. 23), 460.

26 Wissenschaftliche Dienste, Ausweitung polizeilicher Befugnisse in Deutschland und Europa, WD 3 – 3000 – 226/18, 27.7.2018, 3, verweist auf Markus Möstl, Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr, BayVBl. 2018, 156 ff. (157).

In der Begründung des Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen²⁷ wird die Notwendigkeit der Einführung einer neuen Gefahrenkategorie mit der Gefahr für die öffentliche Sicherheit durch die „aktuelle Terrorlage“ gerechtfertigt.²⁸ Dabei zitiert der Gesetzgeber wörtlich aus dem BVerfG-Urteil, indem er feststellt, dass

„[d]er Gesetzgeber bei Eingriffstatbeständen von Verfassungs wegen nicht von vornherein auf das tradierte sicherheitsrechtliche Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren beschränkt [ist] [...], sondern Grenzen ggf. auch weiter ziehen [kann] [...], indem er die Anforderungen an den Kausalverlauf reduziert. Es müssen allerdings auch dann zumindest bestimmte tatsächliche Anhaltpunkte bzw. Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein gewichtiges Rechtsgut hinweisen und den Schluss auf ein wenigstens der Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen sowie über die Beteiligung von bestimmten Personen zulassen, so dass hiergegen Maßnahmen ergriffen werden können. Maßnahmen kommen gemäß dem Bundesverfassungsgericht gerade im terroristischen Bereich aber auch dann in Betracht, wenn zwar ein konkretes Geschehen noch nicht im vorgenannten Sinne erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird.“²⁹

Dementsprechend gibt der Wortlaut des neu eingeführten Art. 11 Abs. 3 BayPolG die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wieder. Diskutiert wird allerdings, ob die Ausdehnung der polizeirechtlichen Eingriffsbefugnisse auf drohende Gefahren den verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere aus dem BKA-Urteil³⁰ des Bundesverfassungsgerichts, entspricht, da sich das Gericht ausschließlich mit Gefahrenerforschungsmaßnahmen auseinandersetzt hat. Die Aufnahme der drohenden Gefahr als Generalklausel im allgemeinen Polizeirecht erweitert die Eingriffsbefugnisse über Gefahrenerforschungsmaßnahmen hinaus, denn sie dient als Grundlage für Gefahrenverhinderungseingriffe bevor überhaupt eine konkrete Gefahr besteht.

Die Interpretationsversuche dieser drohenden Gefahr in der rechtswissenschaftlichen Literatur decken das gesamte Spektrum möglicher Auslegungsergebnisse ab. Diese reichen von (anfänglicher) synonymer Verwendung der drohenden Gefahr für den Begriff der konkreten³¹ und der gegenwärtigen Gefahr³², über die Feststellung, dass sie die Tendenz innehabe, die Eingriffsschwelle zu erhöhen³³ oder – gegenteilig – die erlaubten Maßnahmen „zum größten Teil weniger eingriffsintensive Maßnahmen“ beinhalten und schon deswegen die oben dargestellten Abstriche in der Vorhersehbarkeit für den Schadenseintritt hinzunehmen seien³⁴. Teilweise wird das zusätzliche Erfordernis hineingeleSEN, dass „kausalverlaufsrelevante Eingriffe nur zulässig sind, soweit diese (ausnahmswei-

27 Bayerischer Landtag, Drs. 17/16299.

28 Ebd., 9.

29 Ebd., 9.

30 BVerfG, U. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 – 1 BvR 1140/09.

31 Holzner, in: Möstl/Schwabenbauer, BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, Stand: 8. Edition, 1.4.2018, Rn. 38.

32 Pestow/Söllner/Tölle, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2017, § 1 ASOG, Rn. 26, m. w. N.

33 Leisner-Egensperger (Fn. 4), 687.

34 Birgit Müller, Das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen und die daraus erwachsenen neuen Befugnisse der Bayerischen Polizei, BayBVL. 2018, 109 ff. (114).

se) tatsächlich erforderlich sind, weil reine Gefahrenaufklärungsmaßnahmen im konkreten Fall unzureichend erscheinen“.³⁵ Der bayerische Gesetzgeber selber bezeichnet die drohende Gefahr als eine „moderate, von den Voraussetzungen her eng begrenzte Arrondierung des polizeilichen Gefahrenbegriffs.“³⁶

Kritische Stimmen sehen in der drohenden Gefahr große Bestimmtheitsdefizite und systematische Undurchsichtigkeiten³⁷. Insbesondere wird eine Verschärfung der Tendenz der „Vernachrichtendienstlichung der Polizei“³⁸ als den Bruch mit dem Sicherheits- und verfassungsrechtlichen Ordnungsprinzip kritisiert, wonach für polizeiliches Einschreiten ein Tatverdacht oder eine konkrete Gefahr vorliegen muss³⁹.

Hintergrund der Einführung des Begriffs der drohenden Gefahr ist die Annahme, dass Personen, die als „Gefährder“ eingestuft sind und auf der Grundlage klassischer Gefahrenbegriffe nicht erfasst werden können, die Sicherheitsbehörden vor große Herausforderungen stellen.⁴⁰ In der bayerischen Gesetzesbegründung heißt es dazu:

„Immer wichtiger wird angesichts der aktuellen Terrorlage, eine im Einzelfall auch langanhaltende Überwachung [...] von als gefährlich eingeschätzten Personen, darunter vor allem auch die sogenannten Gefährder [...] Das gilt gerade auch dann, wenn sich noch keine konkreten Straftaten [...] gesichert nachweisen lassen oder eine Verurteilung bereits zurückliegt, die von einer Person ausgehende Gefahr aber erneut bzw. nach wie vor hoch ist. Neben der Verbesserung des straf- und strafverfahrensrechtlichen Instrumentariums muss vor allem auch das präventivpolizeiliche Befugnisinstrumentarium unverzüglich dieser Bedrohungslage angepasst werden [...] So besteht gegenüber identifizierten Gefährdern und sonstigen für eine gewichtige Gefahr verantwortlichen Personen neben (auch verdeckten) Maßnahmen wie etwa einer längerfristigen Observation, als offene Maßnahme beispielsweise die Möglichkeit, spezielle Aufenthaltsge- und -verbote bzw. Kontaktverbote (oder auch Meldeauflagen) zu verbürgen. Zu deren Durchsetzung kann unter den dortigen Voraussetzungen künftig auch die EAÜ und im entsprechenden Fall ggf. auch eine Gewahrsamnahme in Betracht kommen.“⁴¹

Diese Erläuterungen machen deutlich, dass es sich bei der drohenden Gefahr um die Normierung der Gefahr geht, die von „Gefährdern“ ausgeht und die, laut Gesetzgeber, nicht von den bisherigen Gefahrenbegriffen erfasst wurde.

Eine ähnliche Entwicklung kann im Aufenthaltsrecht beobachtet werden. Nach dem Anschlag auf dem Breitscheidplatz in Berlin im Dezember 2016 wurde in der Öffentlichkeit die Forderung nach einem Instrumentarium laut, welches es ermöglicht, als „Gefährder“ eingestufte Menschen sofort abzuschieben. Die entsprechende Rechtsgrundlage (§ 58a AufenthG) besteht schon seit 2005. Danach können Ausländer_innen ohne vor-

35 Möstl (Fn. 26), 162.

36 Bayerischer Landtag, Drs. 17/16299, 9.

37 Ebd., 146f.

38 Dietrich, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, Teil III, § 3 Rn. 8, m.w.N., zitiert nach Markus Löffelmann, Das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen – Sicherheitsrecht am Rande der Verfassungsmäßigkeit und darüber hinaus, BayVBl. 2018, 145 ff. (146 f.).

39 Löffelmann, ebd., 146.

40 Böhm (Fn. 2), 224.

41 Bayerischer Landtag, Drs. 17/16299, 9.

hergehende Ausweisung abgeschoben werden, wenn sie nach einer auf Tatsachen gestützten Prognose eine besondere Gefahr für die Sicherheit der BRD oder eine terroristische Gefahr darstellen. Wegen der besonderen Eingriffsintensität wurde noch bis 2017 mehrheitlich davon ausgegangen, dass besonders hohe Anforderungen – im Sinne einer hohen Eingriffsschwelle – an die Tatbestandsvoraussetzungen zu stellen seien.⁴² Nachdem die ersten Abschiebeanordnungen Anfang 2017 erlassen wurden, haben innerhalb kurzer Zeit das Bundesverwaltungsgericht⁴³ und das Bundesverfassungsgericht⁴⁴ die Verfassungsmäßigkeit der Norm festgestellt und die Tatbestandsvoraussetzungen überraschend weit ausgelegt.⁴⁵

Bezüglich des Gefahrenmaßstabs des § 58a AufenthG stellt das BVerwG fest: „Abweichend von dem sonst im Gefahrenabwehrrecht geltenden Prognosemaßstab der hinreichenden Eintrittswahrscheinlichkeit [...] muss für ein Einschreiten nach § 58a AufenthG eine bestimmte Entwicklung nicht wahrscheinlicher sein als eine andere. Vielmehr genügt [...], dass sich aus den festgestellten Tatsachen ein beachtliches Risiko dafür ergibt, dass die [...] Bedrohungssituation sich jederzeit aktualisieren und in eine konkrete terroristische Gefahr [...] umschlagen kann.“⁴⁶ Die Nichtrealisierung einer konkreten Gefahr kann mithin genauso wahrscheinlich sein, wie die Realisierung dieser Gefahr.⁴⁷ Das BVerwG geht also ausdrücklich davon aus, dass es sich um einen „eigenen Wahrscheinlichkeitsmaßstab handelt“ und eben nicht um den „im sonstigen Gefahrenabwehrrecht geltenden Prognosemaßstab“ des nach „Art und Ausmaß des zu erwartenden Schadens differenzierenden Wahrscheinlichkeitsmaßstab“.⁴⁸

So wird der Gefahrenmaßstab noch unterhalb des Maßstabes des BKA-Urteils angesetzt. Im Zusammenhang mit ausländischen Personen wird der Prognosemaßstab insgesamt abgesenkt, also auch bezüglich der Eintrittswahrscheinlichkeit selbst. Berlin schreibt: „Notwendig mitgedacht ist dabei, dass es „false positive“-Entscheidungen geben kann und wird, also eine Abschiebungsanordnung auch gegenüber Personen erlassen und gerichtlich bestätigt wird, die ohne aufenthaltsrechtliche Intervention letztlich keine terroristischen oder schwer sicherheitsgefährdenden Handlungen begangen hätten. Das bei einer Prognose stets gegebene „false positive“/„false negative“-Dilemma wird hier nicht im Sinne der strafrechtlichen „in dubio pro reo“-Doktrin gelöst. Der insoweit gefahrenabwehrrechtliche Ansatz des Aufenthaltsrechts löst dieses Dilemma zu Lasten des Ausländer auf, wenn und weil er durch sein eigenes Verhalten – mag es auch im Vorfeld der strafrechtlich relevanten Vorbereitungshandlung liegen – für sich oder zusammen mit

42 Gianna Magdalena Schlichte/Nele Austermann, Das besondere Risiko als Gefahreneingriffsschwelle im Ausländerrecht, ZAR 2018, 62 ff. (63 f.).

43 BVerwG, Beschl. v. 21.3.2017 – 1 VR 1.17 = NVwZ 2017, 1057; BVerwG, Beschl. v. 21.3.2017 – 1 VR 2.17 = DÖV 2017, 607; BVerwG, Beschl. v. 13.7.2017 – 1 VR 3.17 = NVwZ 2017, 1531; BVerwG, Beschl. v. 31.5.2017 – 1 VR 4.17.

44 BVerfG, Beschl. v. 24.7.2017 – 2 BvR 1487/17 = NVwZ 2017, 1526; BVerfG, Beschl. v. 26.7.2017 – 2 BvR 1606/17 = NVwZ 2017, 1530.

45 BVerwG, Beschl. v. 21.3.2017 – 1 VR 1.17, Rn. 20 = NVwZ 2017, 1057; BVerwG, Beschl. v. 21.3.2017 – 1 VR 2.17, Rn. 22 = DÖV 2017, 607; BVerwG, Beschl. v. 13.7.2017 – 1 VR 3.17, Rn. 30 = NVwZ 2017, 1531; BVerwG, Beschl. v. 31.5.2017 – 1 VR 4.17, Rn. 21.

46 Zuletzt BVerwG, Urteil v. 27.3.2018 – 1 A 4.17, Rn. 34.

47 Dazu kritisch: u.a. Schlichte/Austermann (Fn. 42), 62; Andrea Kießling, Ein „neues“ Instrument der Terrorismusabwehr: die Auferstehung der Abschiebeanordnung nach § 58a AufenthG, NVwZ 2017, 1019 ff.

48 Zuletzt BVerwG, Urt. v. 27.3.2018 – 1 A 4.17, Rn. 34.

weiteren bestimmten Tatsachen eine hinreichende Gefährlichkeit belegt.⁴⁹ Dass auch § 58a AufenthG und die Auslegung durch die Gerichte eine bestimmte personifizierte Gefahrenvorstellung konstruieren, spitzt Kristina Bautze in ihrer, auf den genannten Urteilen basierenden Typisierung der „diffusen Gefährlichkeit“, die von den sog. Gefährdern ausgeht, zu.⁵⁰ Unter der Überschrift „Der Typus „Gefährder““ kristallisiert sie ein Muster von Handlungsweisen in sechs Stufen heraus, um festzustellen, dass, „was den hier beschriebenen Typus des „Gefährders“ angeht“, die Annahme einer bloß abstrakten Besorgnis – „ein Verdacht auf einen Verdacht“ – einigermaßen fraglich erscheint.⁵¹ Das Gefahrenszenario, welches sich aus dem Typus heraus ergäbe, könne sich jederzeit aktualisieren. Suggestiv wird gefragt:

„Was aber, wenn es ohne all das geht? Wenn das Ziel alle, vor allem möglichst viele Menschen sind, wenn die Waffen überall und jederzeit problemlos zu beschaffende Messer oder Kraftfahrzeuge sind, wenn Hindernisse nicht überwunden werden müssen und wenn der Tod des Täters sogar das erklärte Ziel darstellt; d.h. Flucht gar nicht inbegriffen ist, wenn es also gar keines Planes bedarf, sondern der nächste Schritt die Tat selbst ist?“⁵² Dieses Szenario der „tickenden Zeitbombe“ liegt der Konstruktion des Typus „Gefährder“ zugrunde.⁵³

Allen beschriebenen Konstruktionen von Gefahrenbegriffen liegt die Konstruktion des „Gefährders“ in der einen oder anderen Art zugrunde. Dieser Ausgangspunkt hat eine Entwicklung hin zu einer Personifizierung der Gefahr im Zusammenhang mit der Ausweitung von Eingriffsbefugnissen (insb. Vorfeldeingriffen) mit sich gebracht.⁵⁴ Darnstädts bringt es auf den Punkt: „Gesucht ist nicht ein Schaden, sondern ein Störer“, dessen Rolle am zum Schaden führenden Kausalverlauf impliziert wird.⁵⁵ Und auch Hanschmann hält fest: „Im Kern geht es um die Frage des rechtlichen Umgangs mit personenbezogenen Risikohypothesen.“⁵⁶ In diesem Zusammenhang werden inzwischen immer weitreichendere Eingriffe gerechtfertigt.

Die These, dass eine solche Entwicklung der Ausdehnung und Vorverlagerung der Eingriffsbefugnisse in der Personifizierung des Gefahrenbegriffs allerdings bereits angelegt ist, soll im Folgenden anhand der Personifizierung der Gefahr im Zusammenhang mit Vorfeldeingriffen entfaltet werden.

49 Uwe Berlit, Umgang mit Gefährdern im Aufenthaltsrecht – Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Abschiebungsanordnungen, ZAR 2018, 89 ff (Rn. 93 f.).

50 Bautze (Fn. 5), 206.

51 Ebd., 210.

52 Ebd., 211.

53 Ausdrücklich: Leisner-Egensperger (Fn. 4), 682: Als „tickende Zeitbombe“ stellt er [der „Gefährder“ A/S] eine besondere Herausforderung für jede sicherheitsrechtliche Vorfeldermittlung dar.“.

54 So Darnstädts (Fn. 11); Kuch (Fn. 20).

55 Darnstädts, ebd., 93 (96), welcher aber unkritisch zum Ergebnis kommt, dass das Urteil die „für die vorbeugende Terrorabwehr die Gefahrendogmatik deutlich vereinfacht, ohne dass die Schwelle für staatliche Informationseingriffe zum Zwecke der Terror-Abwehr dadurch gesenkt worden ist.“.

56 Felix Hanschmann, „Gefährder“ – eine neue alte Figur im Öffentlichen Recht, KJ 2017, 434 ff. (439).

III. Personifizierung der Gefahr im Zusammenhang mit Vorfeldeingriffen

Das Problem im Gefahrenabwehrrecht ist grundsätzlich die unmögliche Konkretisierung zukünftiger Geschehnisse und die Fiktion der Kontrollierbarkeit, die im Versprechen absoluter Sicherheit enthalten ist. Darnstädts spricht von Situationen des Nichtwissens, „die den Rechtsanwender daran hindert, konkrete Prognosen über einen konkreten Ereignisablauf anzustellen.“⁵⁷ Prognosen sind immer schon die Schließung der Wissenslücke zwischen der Gegenwart und einer nicht näher definierten Zukunft unter Anknüpfung an gegenwärtiges Wissen und darauf aufbauenden Wahrscheinlichkeitsaussagen darüber, was passieren könnte.⁵⁸ Der Raum des Nichtwissens wird so durch ein ganz bestimmtes Wissen geschlossen und ist damit als Raum des Nichtwissens kontrollierbar – und deswegen nicht mehr in seiner bedrohlichen Form wahrnehmbar. Die absolute Unsicherheit des Nichtwissens wird durch die vermeintliche Sicherheit des Wissens (Prognose) aushaltbar.⁵⁹

Die Unsicherheit des Nichtwissens im Zusammenhang mit „der neuartigen Bedrohung des internationalen Terrorismus“⁶⁰ in seinen verschiedenen Ausprägungen hindert Rechtsanwender_innen daran, Prognosen zu erstellen. Alle beschriebenen Konzepte von Gefahrenbegriffen knüpfen an diesem Nichtwissen an, leiten daraus einen abgesenkten Prognosemaßstab für den Kausalverlauf ab und füllen daraufhin diesen neuen Maßstab mit Wissen über den „Gefährder“. Das Nichtwissen über einen konkretisierten Geschehensablauf wird damit in die Typusbeschreibung aufgenommen. Der „Typus Gefährder“ wird als „tickende Zeitbombe“ beschrieben.⁶¹ Entspricht ein Mensch diesem Typus, weiß man nie, wann, wo und wie konkret Rechtsgüter verletzt werden. Das Risiko besteht, dass immer, überall und ohne jeglichen Aufwand überragend wichtige Rechtsgüter verletzt werden.⁶²

Deswegen muss auf eine konkretisierte Prognose des Kausalverlaufs verzichtet werden, denn sofortiges Handeln gegen die Person ist jederzeit erforderlich.⁶³ Es erscheint

57 Darnstädts (Fn. 11), 89.

58 Elena Esposito, Formen der Zirkularität in der Konstruktion der Zukunft, in: Daniel Weidner/Stefan Willer (Hrsg.), Prophetie und Prognostik. Verfügungen über Zukunft in Wissenschaft, Religionen und Künsten, München 2013, 325 ff. (328).

59 Ebd., 328. Sie hält allerdings fest, dass die Verwaltung des Nicht-Wissens für die Entscheider bedrohlich bleibt.

60 Leisner-Egensperger (Fn. 4), 681.

61 Zur Figur der „tickenden Zeitbombe“ Sven Opitz, An der Grenze des Rechts Inklusion/Exklusion im Zeichen der Sicherheit, Weilerswist 2012, 374 ff.

62 Eine statistische Verifizierung dieses Risikos findet allerdings nicht statt, so spricht Hetzer davon, dass in der heutigen Debatte Fragen nach der Sinnhaftigkeit und/oder Effizienz – also nach der Erforderlichkeit – verschärfter Eingriffsmaßnahmen gar nicht mehr gestellt wird, Hetzer, ZRP 2005, 132. Kuch stellt fest, dass es entscheidend davon abhängt, ob Wahrnehmung und Wirklichkeit neuartiger Bedrohungslagen nicht auseinanderklaffen, was er aber nicht weiter klären kann/will (Kuch [Fn. 20], 347). Für den internationalen Kampf gegen den Terrorismus hat Marc Sagemann ausgerechnet, dass die Fehlerquote bei der Verfolgung terroristischer Gefährder, die auf der Grundlage bestimmter personenbezogener Indikatoren als solche eingestuft worden sind, enorm hoch ist (99,99%). Er formuliert es zugespitzt so: „Therefore, in order to catch all new 22 global neo-jihadi terrorists, they would put 250,000 Muslims in jail by mistake.“ Marc Sagemann, Misunderstanding Terrorism, Philadelphia 2017, 63.

63 Wobei hier nicht immer kohärent argumentiert wird. Wenn das Bundesverfassungsgericht von vorbereitungssensitiven Anschlägen, die von bisher unauffälligen, nicht straffällig gewordenen Men-

bloß als eine Frage der Zeit, dass sich das Risiko in einer Gefahr realisiert, weswegen schon im Vor-Vorfeld eingegriffen werden muss.

Kuch beschreibt das so:

„Die Gefahr wird im Wesentlichen dadurch »konkret«, dass sie von einem »gefährlichen« Individuum ausgeht, welches in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die genannten Schutzgüter beeinträchtigen wird. Dogmatisch hat man es hier mit einer Art personifizierter allgemeiner (oder abstrakter) Gefahr zu tun: Sie ist insoweit allgemein, als eine generell-abstrakte Betrachtung bestimmter Verhaltensmuster auf eine hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit schließen lässt; konkretisiert wird sie dann weniger durch eine schon absehbare Ereignisfolge mit örtlich-zeitlicher Begrenzung als vielmehr durch die besondere Persönlichkeit desjenigen, dessen abstrakt gefährliche Verhaltensweise in konkrete Gefahren umschlagen kann. [...] Der diffuse Begriff des Gefährders wäre in diesem Sinne das Kürzel für ein Subjekt, dessen innere Disposition eine abstrakte Gefahrenlage in eine konkrete umwandelt.“⁶⁴

Anknüpfend an das von Kristina Bautze angeführte Beispiel der Bankräuber_innen, die vermuht auf eine Bank zulaufen (und damit für die Gefahrenabwehr ein hinreichend konkretisierter Schadensverlauf vorliegt), ist es, als liefen „Gefährder“ potentiell immer mit Waffen in der Hand auf Banken zu. Angesichts der Beschreibung vom Typus „Gefährder“ als tickende Zeitbombe ist damit die hinreichende Konkretisierung des Schadensverlaufs nicht möglich – aber eben auch nicht mehr nötig –, um eine konkrete Gefahr anzunehmen.

Damit ist dann die potentielle Ausweitung von Eingriffsbefugnissen dieser Gefahrenbeschreibung inhärent. Wenn nämlich, wie im Falle der konkreten (situativen) Gefahr, eine hinreichende Konkretisierung des prognostizierten Kausalverlaufs gefordert wird, dann setzt diese Umschreibung der Gefahr dem Gefahreneingriff selbst Grenzen – zeitlich, räumlich und personell.⁶⁵ Geht man von einer personifizierten Gefahr aus und verzichtet auf einen räumlich-zeitlich konkretisierten Kausalverlauf, besteht diese Begrenzung theoretisch nur noch personell.

Bautze selbst thematisiert nicht, welche Eingriffsbefugnisse sie für geeignet, erforderlich und angemessen hält, um die von ihr beschriebene konkrete Gefahr, die vom Typus „Gefährder“ ausgeht, zu beenden. Wie, wann, wo und wie lange sollen potentielle Bankräuber_innen von der Bank ferngehalten werden, wenn es scheint, als würden sie darauf zulaufen, es aber eben (noch) nicht tun?

In der Konsequenz sind die erforderlichen Maßnahmen zur „Beseitigung“ dieser personifizierten Gefahr (die räumlich und zeitlich nicht konkretisiert sein muss) am Ende die räumlich und zeitlich nicht begrenzte „Beseitigung“ der Person. Sei es durch eine Ab-

schen ausgeübt werden, spricht das BVerwG einerseits von Bedrohungslagen wie dem 11. September und scheint damit ein ähnliches Gefahrenszenario vor Augen zu haben wie das Bundesverfassungsgericht, spricht dann allerdings, wie Bautze (Fn. 5) von der Gefahr, dass jederzeit ohne Vorbereitungsaufwand niedrigschwellige Anschläge begangen werden könnten und dies die Absenkung des Gefahrenmaßstabs im Hinblick auf die Konkretisierung der Wahrscheinlichkeit rechtfertigen würde; s. etwa BVerwG, Urt. v. 27.3.2018 – 1 A 4.17, Rn. 32.

⁶⁴ Kuch (Fn. 20), 347.

⁶⁵ So auch Kuch im Hinblick auf Gewahrsam: „weil die zu verhütende Gefahr konkrete tatsächliche Grenzen aufweist, so dass es nur eine Frage der Zeit ist, wie lange der Gewahrsamsgrund besteht.“ (Fn. 20), 347.

schiebungsanordnung nach § 58a AufenthG oder in einer (möglicherweise) zeitlich unbegrenzten Gewahrsamnahme nach § 17 Abs. 3 BayPAG.⁶⁶ In den Worten von Kuch „erlangt der Gewahrsamsgrund insbesondere ein weitaus elastischeres Zeitprofil [...]. Die Personifizierung führt [...] dazu, dass die Präventivhaft mehr „der aus der Gemeingefährlichkeit eines Individuums legitimierten Sicherungsverwahrung als den herkömmlichen Spielarten des Polizeigewahrsams ähnelt.“⁶⁷

Diese Entgrenzung der Eingriffsbefugnisse ist dem personifizierten Gefahrenbegriff inhärent.

Gleichzeitig wird an vergangene Anschlagsszenarien angeknüpft, womit abstrakt eine bestimmte Konkretisierung des Kausalverlaufes suggeriert wird. Aradau und Van Munster beschreiben dies, in Anlehnung an Ewald, als typisch für das im Zusammenhang mit terroristischen Anschlägen gezeichnete Risiko-Dispositiv. Terrorismus wird hiernach doppelt grenzenlos repräsentiert:

„[...] the precautionary principle does not target all risk situations, but only those marked by two principle features: a context of scientific uncertainty on the one hand and the possibility of serious and irreversible damage in the other.“⁶⁸

Der Rekurs auf die verschiedenen Anschlagsszenarien – von 9/11 bis zum Breitscheidplatz in Berlin – ist eine potentiell katastrophische Vision, die außerordentliche Maßnahmen erfordert. Eine oftmals genutzte Formulierung diesbezüglich ist, dass „das Polizeirecht angesichts der sich wandelnden Bedrohungslagen auch vor neuen sachlichen Herausforderungen steht.“⁶⁹ Möstl hält daran anknüpfend fest, dass „[D]er bayerische Gesetzgeber mit seiner Einschätzung, dass die Ereignisse des Jahres 2016 (bis hin zum Anschlag auf den Berliner Weihnachtsmarkt im Dezember 2016) eine effektive Überwachung gefährlicher Personen (sog. Gefährder) nötig machen, keinesfalls allein [ist].“⁷⁰ In seiner Stellungnahme zum bayerischen Gesetzentwurf rechtfertigt Möstl, unter Bezugnahme auf ebenen Anschlag, auch die Abschaffung der Höchstdauer für eine mögliche präventive Ingewahrsamnahme und die Herabsetzung der Anforderungen an einen konkretisierten Kausalverlauf – lediglich das „Ob“ der Tat muss hinreichend wahrscheinlich sein.⁷¹ Damit „lockert das katastrophische Imaginäre die Verbindung zu der Anlasstat eines konkreten Individuums, von dem ausgehend eine Prognose über zukünftige Gefährdungen gestellt wird [...] Die katastrophische Vision erzeugt somit durch ihre assoziati-

66 Höchstdauer der Haft nach § 20 Abs. 2 HS 2 BayPAG abgeschafft.

67 Kuch (Fn. 20), 348.

68 Claudia Aradau/Rens Van Munster, Governing Terrorism Through Risk: Taking Precautions, (un)Knowing the Future, EJIR 13 (2007), 89 ff. (103).

69 Möstl (Fn. 26), 156.

70 Ebd., 156.

71 Markus Möstl, Stellungnahme, 71; Möstl bezieht sich hier auf die Möglichkeit für die Dauer des Weihnachtsmarktes Gewahrsam anzuordnen. Problematisch erscheint, dass im Beispiel eine Gefahr bezüglich des wann und wo bereits konkretisiert ist, was ja gerade im Rahmen der drohenden Gefahr nicht notwendigerweise der Fall ist. Die Abschaffung der Höchstfrist ist deswegen so problematisch, weil das Ende der Ingewahrsamnahme mit Wegfall der Gefahr anzuordnen wäre, die aber per definitionem nicht mehr bezüglich des wann, wo und wie konkretisiert werden muss. Zeitlich begrenzend wirkt dann nur noch die Voraussetzung der „absehbaren Zeit“, was wiederum recht unbestimmt ist. Siehe zur Problematik auch Kuch (Fn. 20).

ven Impressionen jene affektive Kraft, die in der Gegenwart als Platzhalter für die fundamental ungewisse zukünftige Bedrohung firmiert.“⁷²

Die doppelte Grenzenlosigkeit des Risiko-Dispositivs, das den neuen Gefahrenbegriffen zugrunde liegt – nämlich die Personifizierung der absoluten Unsicherheit oder des Unwissens durch den „Gefährder“ (tickende Zeitbombe), das immer schon eine Reaktion einfordert, und die assoziative Anknüpfung an das katastrophische Imaginäre vergangener Anschläge, die diese Reaktion absolut notwendig macht – wird in rechtsdogmatischen Diskussionen mit einem Appell an rechtsstaatliche Grenzen einzuhegen versucht.

Klassischerweise werden die grundrechtlichen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit Maßnahmen der Terrorismusabwehr als (un)auflösbare Konflikte zwischen der Freiheit von Einzelnen einerseits und der Sicherheitsgewährleistungsaufgabe⁷³ des Staates andererseits diskutiert.⁷⁴ Es geht mithin darum, „Menschenrechte und Grundfreiheiten mit den Anforderungen einer wirksamen Politik der äußeren und inneren Sicherheit in ein vernünftiges ausgewogenes Verhältnis zu bringen.“⁷⁵ Hanschmann scheint dieser Schlussfolgerung zuzustimmen und neue Rechtsbegriffe anzustreben, die die „freiheitlichen Grundprinzipien des Grundgesetzes nicht über Bord werfen dürfen.“⁷⁶

Obwohl also davon ausgegangen wird, dass der gegenwärtige Fokus auf Sicherheit „an der Substanz normativer Errungenschaften rechtsstaatlichen Sicherheitsrechts“⁷⁷ zehrt und die Schwierigkeit in der Inkompatibilität der Funktionslogiken gesehen wird, bleibt das Ziel „rechtsstaatlich und grundrechtlich eingehetzte Instrumente der polizeilichen Risikovorsorge zu entwickeln.“⁷⁸

Wir wollen hier auf eine, der Personalisierung von Gefahrenbegriffen im Recht inhärenten, generellen Verschiebungen der Wahrnehmung rechtsstaatlicher Grenzen hinweisen und fragen vor diesem Hintergrund: Welche rechtsstaatlichen Verschiebungen sind den Entwicklungen der Begrifflichkeiten – hier der Konstruktion von Gefahr – inhärent? Beeinflussen diese möglicherweise das Urteil über die Verfassungsmäßigkeit in der Form der Frage nach der Austarierung von Freiheit und Sicherheit?

72 Sven Opitz, Widerstreitende Temporalitäten: Recht in Zeiten des Risikos, BEHEMOTH 4 (2011), 58 ff. (72).

73 Andere leiten sogar ein Grundrecht auf Sicherheit ab und diskutieren dann eine mögliche praktische Konkordanz, so z.B. Josef Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin 1983.

74 Albrecht, Die vergessene Freiheit, Berlin 2012, 47; Bernstorff, Der Wesensgehalt der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit im Grundgesetz, Vortrag auf der 48. Assistententagung Öffentliches Recht, Text abrufbar unter: http://www.mpil.de/apps/assoer/pdf/tp_vonbernstorff.pdf; Erhard Denninger, Freiheit durch Sicherheit? Zur rechtsstaatlichen Problematik des Terrorismusbekämpfungsgesetzes, in: Jahrbuch der Menschenrechte 2002, 44 ff. (51); Christoph Gusy, Präventionsstaat zwischen Rechtsgüterschutz und Abbau von Freiheitsrechten in Deutschland, in: Kurt Graulich/ Dieter Simon (Hrsg.), Präventionsstaat zwischen Rechtsgüterschutz und Abbau von Freiheitsrechten in Deutschland, Berlin 2007, 273 ff.

75 Erhard Denninger, Freiheit durch Sicherheit? Wie viel Schutz der inneren Sicherheit verlangt und verträgt das deutsche Grundgesetz?, KJ 2002, 467 ff. (472).

76 Ebd., 470.

77 Ebd., 474.

78 Hanschmann (Fn. 56), 446.

IV. Performativität rechtsstaatlicher Grenzen und die Schaffung von Unpersonen

Krasmann geht in ihrer Analyse der Möglichkeiten und Grenzen von Folter im Recht davon aus, dass Rechtsstaatlichkeit weitaus prekärer ist, „als es die verbreitete Ansicht glauben (machen) will.“⁷⁹ Sie bezieht sich auf Butler und Foucault, wenn sie feststellt, dass

„Freiheit und Sicherheit nicht gegeneinander aufzurechnen [sind] wie in einem Nullsummenspiel: je mehr Sicherheit, umso weniger Freiheit und umgekehrt; sie können vielmehr ein produktives Wechselspiel eingehen. Sicherheit ist für Freiheit konstitutiv, umgekehrt ist Freiheit auch konstitutiv für Sicherheit. Die Idee der Freiheit zieht ihrerseits Sicherheitsvorkehrungen – in Antizipation oder als Reaktion auf bedrohte Freiheit – nach sich. Sicherheit wird zum Interventionsmodus im Namen einer Freiheit, die verteidigt werden muss.“⁸⁰

In diesem Sinne sind Freiheit und Sicherheit mitnichten sich gegenseitig ausschließende Funktionslogiken. Im Gegenteil sind diese sich gegenseitig bedingende Regierungsstrategien in einem liberalen Rechtsstaat: „Within the liberal rationality of governing security reappears as a technique for governing the deviant conduct of freedom.“⁸¹

Aus dieser Perspektive sind die Neuschaffung oder Neuinterpretation von Gefahrenbegriffen Ausdruck einer Exklusionslogik, die dem liberalen Wechselspiel von Freiheit und Sicherheit eigen sind. Und diese Exklusionslogiken sind nicht beliebig. Sie sind von einer Rationalität der (Un)sicherheit⁸² bestimmt, die auf einer Teilungslogik basiert. Sie bringt erstens diejenigen hervor, die schützenswert sind, und zweitens diejenigen, die bedrohlich sind.⁸³ Ausgehend von dieser Rationalität wird zwischen denjenigen unterschieden, deren Freiheit im Namen der Sicherheit zu schützen ist, und denjenigen, deren Freiheit im Namen der Sicherheit einzuschränken ist. Also: denjenigen, die Freiheit genießen und denjenigen, die Freiheit bedrohen; denjenigen, die einen Anspruch auf Sicherheit haben und denjenigen, die eine Gefahr für diese sind.

Diese Teilungslogik der rechtlichen Grenzziehung verbindet sich im Bereich des Gefahrenabwehrrechts mit einer das Recht überfordernden Erkenntnisproblematik, die Prognosen im Rahmen der Gefahrenfeststellung beinhaltet. Denn: „Der Zweck der Prävention künftiger Schäden verlangt eine Vorwegnahme künftiger Gegenwarten.“⁸⁴ Dies beinhaltet, Wissen über zukünftiges Geschehen zu erzeugen. Insbesondere auch Wissen über eine vermeintliche Unberechenbarkeit, welche in einer Person selbst verortet wird und die diese zur konstanten Bedrohung macht.

Opitz formuliert die Gefahr der oben beschriebenen Personifizierung einer in der Zukunft liegenden Bedrohung im Recht folgendermaßen: „Die so umrissene, sachliche wie zeitliche Dislokation des Rechts verschärft sich noch, wenn nicht spezifizierbare Entscheidungen als riskant eingestuft und rechtlich mit Blick auf ihre prognostizierten Folgen reguliert werden, sondern, sobald in der Person selbst ein Risiko-Grund gesehen

79 Susanne Krasmann, Die Folter im Recht, in: Michelle Cottier/Josef Estermann/Michael Wräse (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?*, Baden-Baden 2010, 227 ff. (227).

80 Ebd., 232.

81 Rens Van Munster, *Securitizing Migration*, London 2009, 10.

82 Krasmann (Fn. 79), 236, die sich von Denningers Funktionslogik des Präventionsstaats abgrenzt und von einer Logik der Vorbeugung spricht.

83 Ebd., 236.

84 Opitz (Fn. 61), 269.

wird, der zukünftige Gefahren birgt. Unter diesen Bedingungen nimmt die Rechtspersönlichkeit des Betroffenen extrem formkatastrophe Züge an.⁸⁵ „Aufgrund dieser invertierten Temporalität droht das Recht selbst unerwartbar zu werden, die Person findet sich einem para-rechtlichen Streit über die Zukunft und die in sie führenden Kausalketten ausgesetzt. Die Rechtsperson kann sich also nicht, wie im liberalen Recht eigentlich üblich, mit Hinweis auf einen abgeschlossenen Tatbestand entlasten [...].“⁸⁶

Diese „Formkatastrophe“ führt also dazu, dass Betroffene sich unmöglich für vermeintlich zukünftig eintretende, konkrete Gefahren in der Gegenwart der gegen sie ergriffenen Maßnahmen entlasten können. Dies wäre schon der Fall, wenn es sich noch um räumlich-zeitlich begrenzte Gefahren handeln würde. Allerdings bedingen diese, wie oben herausgearbeitet, eine zeitlich-sachliche Begrenzung der Gefahrenabwehr. Die Typisierung der „tickenden Zeitbombe“ und damit die Kombination von Personalisierung des Gefahrenbegriffs bei gleichzeitiger Herabsenkung der Anforderungen an die Konkretisierung des Kausalverlaufs machen die gegenwärtigen Entwicklungen besonders bedenklich, weil extrem exklusiv. Foucault schreibt: „Weil er [der gefährliche Mensch] durch sein bloßes Dasein eine Gefahr darstellt, ist er verantwortlich, auch wenn man ihm keine Schuld zuweisen kann [...]. Die Sanktion ist dann nicht als Strafe für ein Rechtssubjekt gedacht, das aus freien Stücken gegen das Gesetz verstoßen hat, sondern soll in den Grenzen des Möglichen – durch Eliminierung, Ausschließung, diverse Restriktionen oder auch durch therapeutische Behandlung – das in der Persönlichkeit des Menschen angelegte Kriminalitätsrisiko verringern.“⁸⁷

Gleichzeitig findet eine rhetorische Operation statt, die die Grenzziehung zwischen „Gefährder“ und Straftäter_in verschwimmen lässt und eine Gleichbehandlung als legitim erscheinen lässt. In der Person des „Gefährders“ wird nicht „nur“ die Unberechenbarkeit verortet, also das Nichtwissen des Gefahreneintritts, sondern es wird unter Rückgriff auf ein Ereignis in der Vergangenheit – in der Regel der Anschlag auf dem Breitscheidplatz – eben doch ein sehr bestimmtes Szenario der Gefahr gezeichnet.

Damit wird ein konkreter Kausalverlauf suggeriert, der sich, wenn nicht sofort eingeschritten wird, jederzeit realisieren kann und eine unbegrenzte Anzahl an Menschenleben gefährdet. „Die persuasive Kraft entfaltet sich schon darin, dass die imaginäre Konstruktion [des Gefahrenszenarios] die erwünschte Lösung des Problems immer schon als die einzige richtige und mögliche antizipiert [...] Und dabei ist es überdies von einem ebenso ehrenwerten wie existentiellen Motiv geleitet: Der Rettung von Menschenleben. Indem das *ticking timebomb*-Szenario Moral und Sicherheitsimperativ und Rationalitätsversprechen miteinander verknüpft, eignet es sich als Blaupause konkreter Verhaltensweisen und als Legitimationsfolie.“⁸⁸

Bedenklich ist vor dem Hintergrund des Bisherigen dann: Eine Dimension des Nichtwissens, welche bisher dazu führte, dass eben keine konkrete Gefahr angenommen wurde, wird zunächst zu einer potentiellen Unsicherheit, einer neuartigen Bedrohung. Auf diese müsse dann rechtlich reagiert werden. Die Reaktion des Rechts muss notwendiger-

85 Ebd., 471 f.

86 Ebd., 271.

87 Michel Foucault, Die Entwicklung des Begriffs das „gefährlichen Menschen“ in der forensischen Psychiatrie des 19. Jahrhunderts, in: ders., *Dits et Ecrits Schriften III*, Frankfurt a.M. 2003, 568 ff. (590).

88 Krasmann (Fn. 79), 231.

weise zunächst die Konstruktion von Wissen über die neuartige Bedrohung sein, die so dann die erforderlichen juristischen Eingriffe vorgibt. Hier kommt die Wissenskategorie „Gefährder“ ins Spiel. Diese Personifizierung von Gefahr macht bestimmte Eingriffsbefugnisse notwendig – die vormals aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten mindestens bedenklich erschienen.

Um diesen „heiklen Fragen“⁸⁹ zu begegnen, ist es deswegen nicht ausreichend, innerhalb des tradierten Gefahrenbegriffs die konkrete Gefahr zu personifizieren und damit zu versuchen, die Herausforderung der „vermutlich inkompatiblen Funktionslogiken des an Freiheit und Autonomie des Einzelnen orientierten liberalen Rechtsstaats einerseits und des an Sicherheit und Effizienz orientierten Gefahrenvorsorgestaats andererseits“⁹⁰ erst dann in einem neuen Begriff oder einer neuen Systematik auszutarieren, „wenn`s gar nicht mehr anders geht.“⁹¹ Noch genügt es Rechtsprechung und Rechtswissenschaft dazu aufzufordern, „grundrechtlich eingehetige Instrumente der polizeilichen Risikovorsorge zu entwickeln“,⁹² denn diese Entwicklung ist bereits in vollem Gang und bringt eben eine schleichende Verschiebung rechtsstaatlicher Grenzen mit sich. Wir wollen genau hier ausblickend ansetzen, um über die von Hanschmann festgestellten „unzureichend reflektierten Rückgriffe“ auf eine Sicherheitsgewährleistungsaufgabe des Staates, auf ein Grundrecht auf Sicherheit oder die Ausrufung des Ausnahmezustands⁹³ zu reagieren. Wir schlagen einen Ansatz vor, der grundrechtliche Grenzen nicht als absolut voraussetzt, sondern als performativ wahrnimmt und damit die Gefahren der inhärenten Verschiebungen ebendieser Grenzen reflektiert. Es ist hiernach nicht so, dass irgendwann die Maßnahmen im Rahmen der Terrorabwehr an die rechtsstaatlichen Grenzen stoßen und alle erkennen, dass diese nun wirklich zu weit gehen. Vielmehr legt „[d]as Recht [...] in kontingenter Manier selbst fest, wie seine Grenze verläuft, verfährt dabei jedoch nicht beliebig.“⁹⁴

V. Fazit

Vor dem Hintergrund des hier vorgeschlagenen Verständnisses von einer wechselseitigen Bedingtheit von Freiheit und Sicherheit und dessen konstitutiver Funktion für den liberalen Rechtsstaat ist die Suche nach rechtsstaatlich eingehetigen Konzepten personalisierter Gefahr selbst konstitutiv für diejenigen rechtsstaatlichen Grenzen, die sie einhegen sollen. Auch die spezifische Logik der Exklusion bestimmter Personen wird auf dieser Suche immer schon mitgeschrieben. Das ist es, was die Frage nach der „Neujustierung von Freiheit und Sicherheit“⁹⁵ zu einer solch „heiklen“ macht. Allerdings stellt sich diese Frage im liberalen Rechtsstaat nicht erst, wenn es vermeintlich „an dogmatisch befriedigenden Lösungsansätzen noch fehlt“, die alten Methoden und Begriffe nicht mehr passen und neue gefunden werden müssen.⁹⁶ Vielmehr sollte die Frage, welche Formen der Ex-

89 Bautze (Fn. 5), 211.

90 Hanschmann (Fn. 56), 442.

91 Bautze (Fn. 5), 211.

92 Hanschmann (Fn. 56), 446.

93 Ebd., 446.

94 Opitz (Fn. 61), 20.

95 Bautze (Fn. 5), 211.

96 Hanschmann (Fn. 56), 446.

klusion die Justierung von Freiheit und Sicherheit im liberalen Rechtsstaat erzeugt, immer reflektiert werden. Umso mehr, wenn es, wie im Fall der „Gefährder“, um eine ausdrückliche Typisierung des Bedrohlichen geht, die vor dem Hintergrund der Rationalität der (Un)sicherheit räumlich-zeitlich unbegrenzt wirkt und damit auch schwerwiegende Grundrechtseingriffe rechtfertigen kann.

Was bringen Kreis- und Gemeindegebietsreformen wirklich?



Wirkungen kommunaler Gebietsreformen

Stand der Forschung und Empfehlungen
für Politik und Verwaltung

Von Prof. Dr. Sabine Kuhlmann, Dr. Markus
Seyfried und Prof. Dr. John Siegel

2018, 118 S., brosch., 29,90 €

ISBN 978-3-8487-4683-5

(Modernisierung des öffentlichen Sektors
(»Gelbe Reihe«), Bd. 42)
nomos-shop.de/34959

Was bewirken Gebietsreformen in der kommunalen Verwaltung? Führen sie zu einer Stärkung der administrativen Leistungs- und Handlungsfähigkeit? Lässt sich damit die Wirtschaftlichkeit des Verwaltungshandelns verbessern, und können Skaleneffekte realisiert werden? Und leiden kommunale Demokratie und Partizipation darunter? Angesichts zunehmender Schwierigkeiten, Gebietsreformen auf der Ebene der Landkreise sowie der Städte und Gemeinden politisch durchzusetzen, bedürfen diese Fragen einer intensiven Prüfung und profitieren auch vom Blick auf internationale Erfahrungen. Sie werden in dieser Veröffentlichung mittels einer Analyse nationaler und internationaler Studien differenziert beantwortet.

 Nomos
nomos-elibrary.de

Portofreie Buch-Bestellungen unter
www.nomos-shop.de
Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer

 **Nomos**