

Peter Bußjäger

## Reinventing Leviathan?

### *I. Von der Ironie zur Supervision und zurück? Der entgrenzte und erodierte Staat in der modernen Staatstheorie*

Die staatstheoretische Diskussion der letzten Jahre stand im Zeichen von »Entgrenzung« und »Staaterosion«<sup>1</sup>. »Entgrenzung« wurde als jenes Phänomen identifiziert, das den Staat sozusagen nach außen, gegenüber der internationalen Ebene und Erscheinungsformen der Globalisierung, zersetzte. »Erosion« löste demgegenüber den Staat von innen auf. »Entzauberung«<sup>2</sup>, »Entstaatlichung« und »Staatszerfall« bildeten dazu die Stichwörter<sup>3</sup>.

Ratschläge für eine Neudefinierung der Rolle des modernen Staates gab es genügend: Von »Ironie«<sup>4</sup> und »Supervision«<sup>5</sup> einerseits war die Rede, vom Rückzug auf den »Minimalstaat«<sup>6</sup> oder jedenfalls radikaler »Abschlankung«<sup>7</sup> andererseits.

Wie in anderen Wissenschaften ist freilich auch der Erkenntnisprozess in der Staatstheorie stetigen Wandlungen unterworfen: Einmal vorherrschende Paradigmen werden in Frage gestellt und durch neue ersetzt. Im Falle der Staatstheorie folgte auf eine Phase der Entdeckung neuer Staatsaufgaben, wie des »Umweltstaats«<sup>8</sup> oder des »ökologischen Verfassungsstaats«<sup>9</sup>, die vom Vertrauen in die Steue-

- 1 Peter Bußjäger, »Entgrenzung und Staaterosion als Problem der modernen Staatstheorie« in: *ZÖR 2000*, S. 347–365.
- 2 Vgl. dazu Helmut Willke, *Entzauberung des Staates: Überlegungen zu einer sozietaalen Steuerungstheorie*, Königstein/Ts. 1983.
- 3 Dazu näher Peter Bußjäger, *Jenseits des Politischen*, Wien 2002, insbesondere S. 11ff.
- 4 Vgl. Helmut Willke, *Ironie des Staates*, Frankfurt am Main 1996, worin die These aufgestellt wird, dass der moderne Staat eine gleichsam ironische Distanz gegenüber sich selbst wahren müsse, um Grundlage einer gesellschaftsadäquaten Modernität des Staates zu sein (vgl. dazu insbesondere S. 372).
- 5 Vgl. Helmut Willke, *Supervision des Staates*, Frankfurt am Main 1997, wo bereits die pessimistische These aufgestellt wird, dass der Staat in seiner bisherigen Tradition als Heros der Gesellschaft nicht zu retten sei (S. 347) und die Politik auf die Aufgabe, Mediator der gesellschaftlichen Entwicklung zu sein, reduziert wird (S. 350).
- 6 Im Minimalstaat werden nur noch die Sicherheits- und Rechtsschutzfunktionen des Staates erfüllt. Dies war die grundlegende These von Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, München 1976; Neuaufgabe der deutschen Übersetzung 2006). Dazu auch Peter Perenthaler, *Allgemeine Staatslehre*<sup>2</sup>, Wien 1996, S. 73.
- 7 Die radikale Abschlankung des Staates ist sozusagen der neoliberale Ansatz in der Staatstheorie, wonach die Aufrechterhaltung grundlegender Staatsfunktionen nur durch einen von wohlfahrtsstaatlichem Ballast weitgehend befreiten Staat möglich ist.

rungsfähigkeit und Gestaltungskraft des Staates getragen waren, die Ernüchterung und Infragestellung derartiger Konzepte, wie sie in den oben beschriebenen Stichwörtern zum Ausdruck gebracht wurden.

Die nachstehende Untersuchung wird die Frage behandeln, ob die Staatstheorie mittlerweile mit einem neuen Paradigmenwechsel konfrontiert ist, der durch das Ereignis vom 11. September 2001 vielleicht erst deutlicher sichtbar geworden ist.

Der Anschein spricht für eine solche These: Während bis vor wenigen Jahren die Zukunft des Staates als solches fragwürdig schien, weil in der postmodernen Ironie des Staates seine Steuerungs- ja geradezu seine Überlebensfähigkeit in Frage gestellt wurde und ihm schon nicht mehr zugetraut wurde<sup>10</sup>, öffentliche Aufgaben effizient erfüllen zu können, erlebt nunmehr die Gewährleistung öffentlicher Sicherheit als Staatsaufgabe, aber nicht nur diese allein, eine Renaissance. Überhaupt scheint eine Wiederentdeckung des starken Staates als Träger von Legitimität und Garant für Rechtsstaatlichkeit und Ordnung stattzufinden<sup>11</sup>.

Dieser Anschein der Wiederentdeckung eines starken Staates wird auch durch die seit dem 11. September enorm gewachsene Behandlung des Themas der Sicherheit in der sozial- und rechtswissenschaftlichen Literatur unterlegt. Diese Auseinandersetzungen indizieren jedenfalls, wie prekär die moderne Gesellschaft Bedrohungen der Sicherheit empfindet. In gewisser Hinsicht machte der 11. September klar, dass eine Verabschiedung des Staates der Moderne in die Geschichte, solange nicht klar ist, wer seine Rolle als Garant der Erfüllung bestimmter Aufgaben, und hier besonders der öffentlichen Sicherheit, übernehmen sollte, ein voreiliges Unterfangen war.

## II. Der 11. September und die Wiederentdeckung des starken Staates

### A) Sicherheit und Sicherheitsempfinden als öffentliches Gut

Die Empirie zeigt freilich, dass das öffentliche Gut Sicherheit nicht erst seit dem 11. September eine zunehmend gefragte Dienstleistung war. Der Vorgänger des mittlerweile geradezu berüchtigten »USA PATRIOT Act« vom 24. Oktober 2001

- 8 Zu diesem Konzept siehe die Darstellungen bei Christian Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, Baden-Baden 2000, S. 30–35; zu den Konturen eines solchen Umweltstaates s. auch die Beiträge in Peter Pernthaler / Karl Weber / Norbert Wimmer, *Umweltpolitik durch Recht*, Wien 1992.
- 9 Dazu Rudolf Steinberg, *Der ökologische Verfassungsstaat*, Frankfurt am Main 1998, S. 41–50., der insgesamt fünf Stufen der Verfassungsstaatlichkeit unterscheidet, deren vorläufig letzte nach dem Sicherheitsstaat, dem Rechtsstaat, der Demokratie und dem Sozialstaat der ökologische Verfassungsstaat sein sollte.
- 10 Vgl. dazu etwa die radikale Skepsis bei Helmut Willke (FN 5), S. 347–351.
- 11 So sieht Francis Fukuyama, *Staaten bauen*, Berlin 2004, S. 168, die Hauptaufgabe der globalen Politik nach dem 11. September darin, nicht länger »Staatlichkeit zurückzustutzen, sondern sie aufzubauen«. S. dazu auch die Besprechung von Fukuyamas Werk »Staaten bauen« bei Andreas Kratschmar, »Zurück zum starken Staat« in: *Österreichische Monatshefte*, 2004/6, S. 55–58.

ist beispielsweise der weltweit kaum wahrgenommene englische »Terrorism Act 2000«, der als kaum weniger repressiv und grundrechtsfeindlich eingeschätzt wird als sein amerikanischer Nachfolger<sup>12</sup>.

Ein zunehmend prekär gewordenen Sicherheitsempfinden der Bevölkerung, vor allem der zahlungskräftigeren Schichten, hatte privaten Leistungsanbietern eine Hochkonjunktur beschert<sup>13</sup>. Dies stand auch im Kontext der Globalisierung von Bedrohungsszenarien wirtschaftlicher, ökologischer und politischer Art, die der modernen, westlich geprägten Gesellschaft die Bezeichnung Risikogesellschaft eintrug<sup>14</sup>. Das daraus resultierende Gefühl von Unsicherheit<sup>15</sup> wurde noch dadurch gesteigert, dass in den westlichen Staaten die Investitionsbereitschaft und –fähigkeit des Staates in Bezug auf die öffentliche Sicherheit vor dem Hintergrund knapper Ressourcen zunehmend begrenzt war. Private Einrichtungen substituierten daher den partiellen Ausfall des Staates bzw. garantierten jenes Sicherheitsempfinden, das staatliche Einrichtungen nicht zu leisten imstande waren<sup>16</sup>.

Aus diesem Grund übernahmen private Dienstleister zunehmend eine Art Garantenstellung für die Herstellung von Sicherheit, oder eines Gefühls der Sicherheit, die denn auch, wo dies möglich war, etwa durch Einrichtung von geschützten Zonen, dieses öffentliche Gut Sicherheit zu privatisieren und damit seine Marktfähigkeit zu erhöhen trachteten. Beispiel dafür sind die von privaten Wachdiensten überwachten, häufig eingezäunten Wohnsiedlungen, deren Inhaber verpflichtet sind, einen Beitrag für die Überwachung zu bezahlen. Dieser Trend kennzeichnete schon vor dem 11. September gewisse urbane und suburbane Regionen und führte zu einer Selbstghettoisierung privilegierter Schichten in abgeschlossenen und privat gesicherten Wohnparks<sup>17</sup>.

In anderen, von Staatszerfall bedrohten Staaten, die keine vertrauenswürdige Garantenstellung für die öffentliche Sicherheit mehr nachweisen können, wie dies für die meisten Staaten Westafrikas schon typisch ist, ist diese Entwicklung dagegen schon an ihrem Endpunkt angelangt: Hier funktioniert schon seit langem praktisch

12 Vgl. dazu Hans-Heiner Kühne, *Bürgerfreiheit und Verbrecherfreiheit. Der Staat zwischen Leviathan und Nachtwächter*, Trier 2003, S. 9.

13 Dazu etwa Peter Lock, »Die Kommerzialisierung des Sicherheitssektors: Zur privaten Aneignung polizeilicher und militärischer Aufgabenfelder« in: Tanja Brühl u.a. (Hg.), *Die Privatisierung der Weltpolitik*, Bonn 2001, S. 213–227.

14 Vgl. zu diesem Begriff grundlegend Ulrich Beck, *Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main 1986.

15 Zur Unsicherheit trug auch bei, dass die Versicherbarkeit von Risiken drastisch zurückging. Die zu versichernden Risiken wuchsen, der dafür zu zahlende Preis jedoch noch viel stärker; vgl. Ulrich Beck, *Die Erfindung des Politischen*, Frankfurt am Main 1993, S. 44–45.

16 S. etwa Peter Lock (FN 13), S. 215. S. auch schon Thomas Fleiner-Gerster, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1980, S. 401.

17 Peter Lock (FN 13), S. 215. Wie so oft blieb es jedoch einem Werk der Weltliteratur vorbehalten, diese Entwicklung samt den Kriminalitäts- und Unsicherheitsängsten der Betroffenen zu schildern, nämlich T.C.Boyle, *America*, München 1995, das in einem derartigen, durch private Wachleute und durch hohe Zäune gesicherten Wohnpark spielt.

nur noch die privatisierte Garantie von Sicherheit durch Söldnertruppen einigermassen. Das Geschäft mit der Durchsetzung öffentlicher Gewalt und der Herstellung eines Mindeststandards an Sicherheit haben private Söldnerfirmen übernommen, die ihren Sitz größtenteils im Westen haben<sup>18</sup>. Dabei sind die Söldner sowohl für die Sicherheit nach innen als auch nach außen zuständig geworden<sup>19</sup>.

Derartige »schwache« oder gar »gescheiterte« Staaten wurden auch für das Ereignis des 11. September verantwortlich gemacht<sup>20</sup>. Insbesondere der »gescheiterte« Staat Afghanistan war so sehr erodiert, dass er praktisch von der Terrororganisation »al-Qaida« übernommen werden konnte<sup>21</sup>.

### B) Antworten auf den wachsenden Bedarf an Sicherheit

In den USA hat der 11. September verständlicherweise die größten Wandlungen im Sicherheitsdenken hervorgerufen. Der Staat hat eine Vielzahl von Initiativen ergriffen, die einen verstärkten Eingriff in die Privatsphäre des Einzelnen darstellen<sup>22</sup>. Dagegen kamen Gesetzgebungsinitiativen zum Schutz der Privatsphäre zum Erliegen<sup>23</sup>. Im »USA PATRIOT Act« ist eine Vielzahl von Möglichkeiten verankert, wie Ermittlungsbehörden auf bisher nicht oder nur schwer zugängliche Daten zugreifen können<sup>24</sup>.

Aber auch in der Europäischen Union wurde Sicherheit immer mehr zu einem zentralen Thema: Nach einer Ankündigung auf einer außerordentlichen Ratstagung am 20. September 2001 erging im Sommer 2002 der Rahmenbeschluss über einen Europäischen Haftbefehl<sup>25</sup>. Das neue Auslieferungsregime orientiert sich stärker am Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Strafurteilen und Haftbefehlen<sup>26</sup>.

In weiterer Folge sollten sich auch für das europäische Sicherheitssystem grundlegende Änderungen ergeben: Die vormalige dritte Säule der polizeilichen und justiz-

18 Vgl. Peter Lock (FN 13), S. 220.

19 Peter Lock (FN 13), S. 218–222; S. auch Tobias Debiel, »Konfliktbearbeitung in Zeiten des Staatszerfalls: Erfahrungen und Lehren zu Beginn des 21. Jahrhunderts« in: Ursula Blanke (Hg.), *Krisen und Konflikte*, Berlin 2004, S. 22.

20 Vgl. etwa Francis Fukuyama (FN 11), S. 132.

21 Francis Fukuyama (FN 11), S. 132; s. auch Tobias Debiel (FN 19), S. 32.

22 S. dazu näher Katharina Sophie Rürup, »Big Brother's Geschäftspartner: Privatheit und Überwachung in den USA nach dem 11. September 2001« in: Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft 2004, S. 379 ff.

23 Katharina Sophie Rürup (FN 22), S. 386.

24 Katharina Sophie Rürup (FN 22), S. 387. Siehe dazu weiters Gerhard Holley, »Der »Ausnahmestand« in den USA vor und nach dem 11. September 2001« in: JRP 2006, S. 146–160.

25 Rahmenbeschluss über einen Europäischen Haftbefehl und der Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. 2002 L 190/1; vgl. dazu Ulrike Davy, »Terrorismusbekämpfung und staatliche Schutzgewährung« in: Klaus Barwig / Ulrike Davy (Hg.), *Auf dem Weg zur Rechtsgleichheit, Baden-Baden 2004*, S. 191; Günter Renner, »Terrorismusbekämpfung und Schutzsuchende« in: Klaus Barwig / Ulrike Davy (Hg.), *Auf dem Weg zur Rechtsgleichheit, Baden-Baden 2004*, S. 304.

26 Ulrike Davy (FN 25), S. 191.

ziellen Zusammenarbeit sollte im Vertrag über eine Europäische Verfassung gänzlich in das System der Gemeinschaft einbezogen werden<sup>27</sup>.

Auch die nationale Ebene war nach dem 11. September von neuen Rechtssetzungsakten geprägt, die der Bedrohung der Sicherheit entgegenwirken sollten<sup>28</sup>. Gerade der Fall Deutschland, das schon in den 70er und 80er Jahren Erfahrungen mit dem Terrorismus gemacht hat (»Rote Armee Fraktion«), zeigt, wie solche terroristische Akte stets reaktive Maßnahmen des Staates nach sich ziehen<sup>29</sup>. Der Fall des englischen »Terrorism Act 2000«<sup>30</sup> wurde schon oben erwähnt.

Weiters wird deutlich, wie die Gewährleistung öffentlicher Sicherheit immer mehr zu einer Aufgabe wird, die (auch) von spezialisierten Behörden wahrgenommen wird. Einrichtungen, die sich mit »Verfassungsschutz« und »Terrorismusbekämpfung« befassen, waren bis vor dem 11. September vor allem aus Deutschland – mit seinem spezifischen Hintergrund des Terrorismus der »Roten Armee Fraktion« der 70er und 80er Jahre – bekannt, werden nun aber auch in anderen Staaten Europas eingerichtet<sup>31</sup>.

Derartige spezialisierte, zentralisiert eingerichtete Stellen mit starken Durchgriffsrechten der Zentralregierung indizieren stets eine gestiegene öffentliche Sensibilität gegenüber einer bestimmten Materie<sup>32</sup>. Sie waren auch in der Vergangenheit stets kennzeichnend für den Aufbau polizeistaatlicher Strukturen, wie etwa in Österreich unter Metternich<sup>33</sup>.

Es steht außer Frage, dass diese Entwicklungen neue Ansprüche an den Staat, aber vor allem auch die Bürger stellen, deren Rechtssphäre von den Interventionen des Staates letztlich berührt wird. Vor allem die Maßnahmen im Interesse des Schutzes vor Terrorismus können zu vergleichsweise einschneidenden Behinderungen der freien Zirkulation von Personen, Dienstleistungen und eventuell Waren führen. Die allgemeine Akzeptanz dieser Interventionen ist jedoch relativ groß und das öffentliche Gut Sicherheit – im Bewusstsein um die prekäre Lage der eigenen Sicherheit in einem Zeitalter großer Unsicherheit – wird überaus hoch geschätzt.

Daraus kann auf eine gewisse Renaissance der Wertschätzung eines »starken« Staates geschlossen werden: Vor allem angesichts der Zustände in den »gescheiterten« Staaten werden Polizei, Militär und Justiz als Kernfunktionen des Staates wie-

27 Kapitel IV Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. III-257 ff.).

28 So in Deutschland das Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz), BGBl 2002 I, 361, 34. Strafrechtsänderungsgesetz – § 129b StGB, BGBl 2002 I, 3390.

29 s. dazu Hans Heiner Kühne (FN 12), S. 8–9.

30 [www.hmso.gov.uk/acts/acts2000/20000011.htm](http://www.hmso.gov.uk/acts/acts2000/20000011.htm)

31 So etwa in Österreich mit dem 2001 eingerichteten Bundesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung.

32 Sehr eindrücklich die Darstellung bei Karl Weber / Martin Schlag, *Sicherheitspolizei und Föderalismus*, Wien 1995, S. 12–42, am Beispiel Österreichs. Besonders dramatisch war die Zentralisierung der gesamten Sicherheitsverwaltung nach dem Brand des Justizpalastes 1927 durch die B-VG-Novelle 1929, ein typischer Fall einer aus dem kollektiven Gefühl der Unsicherheit resultierenden Anlassgesetzgebung.

33 S. wiederum das Beispiel Österreichs bei Karl Weber / Martin Schlag (FN32), S. 12–42.

derentdeckt<sup>34</sup>. Damit wird der Ordnungsstaat auf den Plan gerufen, der dem Staat als solchem wieder größeres Renommee verleiht.

*Exkurs:*

*Sicherheit und völkerrechtliches Gewaltverbot – ein Paradigmenwechsel?*

Noch immer beherrscht die vom 11. September induzierte Diskussion über den »war on terrorism« und eine als solche empfundene Auslieferung der westlichen Welt gegenüber dem Terrorismus die Diskussion über Sicherheit in der Staatenwelt<sup>35</sup>. Der »war on terrorism« bildete nicht nur die wesentliche Argumentationsgrundlage der Regierung Bush für den Krieg der USA und ihrer Verbündeten gegen den Irak, sondern auch für weitere Maßnahmen, wie etwa die Inhaftierung bestimmter Gefangener in Guantanamo.

Die Völkerrechtslehre hat die Antizipation eines unmittelbar bevorstehenden bewaffneten Angriffs auch bisher nicht als mit dem völkerrechtlichen Gewaltverbot in Widerspruch stehend betrachtet, freilich nur in einem Fall, in dem der drohende Angriff keine anderen Mittel als den antizipierenden Angriff zuließ<sup>36</sup>. Die »Bush-Doktrin«, die der Legitimierung des Irak-Krieges diente, geht über das tradierte Verständnis hinaus, wenn ein Erstschlag auch dann in Betracht kommen soll, wenn Zeit und Ort des zukünftigen Angriffs ungewiss sind. Vor allem wird darauf verzichtet, den erforderlichen Grad der Gefahr zu konkretisieren<sup>37</sup>. Hier zeichnet sich eine Parallelität zur »inneren« Sicherheitsdiskussion mit ihrer besonderen Betonung des Präventionsgedankens ab.

Nun darf freilich nicht übersehen werden, dass die »Bush-Doktrin« auch Ausdruck hegemonialer Bestrebungen ist, während andere Staaten sehr wohl davor gewarnt werden, die »Bush-Doktrin« anzuwenden<sup>38</sup>. Daher scheint es noch verfrüht, definitive Schlussfolgerungen hinsichtlich der Auswirkungen der »Bush-Doktrin« auf das Völkerrecht zu ziehen: Ein Paradigmenwechsel, der den Sicherheitsaspekt in der Selbstverteidigung gegenüber dem völkerrechtlichen Gewaltverbot deutlich stärker als bisher akzentuiert, ist jedenfalls denkbar<sup>39</sup>. Darauf weist ferner die immer größere Bedeutung, die einem undifferenzierten Präventionsgedanken auch im Bereich der äußeren Sicherheit beigemessen wird, hin<sup>40</sup>. Dass dieses Bestreben nach

34 Vgl. etwa Tobias Debiel (FN 19), S. 33.

35 S. dazu paradigmatisch die Vierteljahrszeitschrift »Connections« Spring 2005 herausgegeben vom Partnership for Peace Consortium of Defense Academies and Security Studies Institutes.

36 Claus Kieß, »Jus contra bellum: Quo vadis?« in: *Kursbuch 155/2004*, Neue Rechtsordnungen, S. 66.

37 Claus Kieß (FN 36) 67. Der Verdacht rechtfertigt in diesem Konzept Präventionsmaßnahmen (vgl. auch Christian Tomuschat, »Internationale Terrorismusbekämpfung als Herausforderung für das Völkerrecht« in: *DÖV 2006*, S. 359.

38 Kieß (FN 36), S. 67.

39 S. zu diesem Komplex auch Jochen Hippler, »Völkerrecht und zwischenstaatliches Gewaltverbot« in: Ingomar Hauchler u.a. (Hg.), *Globale Trends 2004/2005*, Frankfurt am Main 2003, S. 91-95; Brigitte Hamm, »Menschen- und Völkerrechte nach dem Irakkrieg« in: Ingomar Hauchler et al (Hg.), *Globale Trends 2004/2005*, Frankfurt am Main 2003, S. 258.

mehr Sicherheit scheinbar paradoxerweise zu einer größeren Unsicherheit in der Staatenwelt führt, liegt auf der Hand.

### III. Konsequenzen für Staatlichkeit und Staatstheorie im 21. Jh.

#### A) Sicherheit als Kernaufgabe des Staates?

In der Staatstheorie war die zentrale Funktion des Staates als Gewährleister der öffentlichen Sicherheit im Grunde stets unbestritten<sup>41</sup>. Immerhin stand am Anfang der Staatstheorie der »Hobbes'sche Leviathan«, ein finsterner, autoritärer Staat, dessen primäre Funktion darin bestand, den Bürgerkrieg zu verhindern<sup>42</sup>. Der »große Leviathan oder, wenn man lieber will, der irdische Gott, dem wir nächst dem ewigen Gott allen Frieden und Wohlfahrt verdanken«<sup>43</sup>, wurde gleichsam zum Inbegriff des Sicherheitsstaates, der seine Legitimation aus seiner Fähigkeit, Ruhe und Ordnung zu schaffen, bezog<sup>44</sup>. Zu einem Verfassungsstaat wurde der »Leviathan« erst, als gerade diese Funktion im Interesse der Freiheit des Einzelnen beschränkt wurde. Der moderne Verfassungsstaat des ausgehenden 18. Jh., wie er maßgeblich in der Verfassung der Vereinigten Staaten zum Ausdruck gelangte, rüttelte nicht an der Staatsfunktion, Sicherheit herzustellen, aber dazu war dem Staat schon nicht mehr jedes Mittel erlaubt<sup>45</sup>.

Es wäre auch eine schwere Verkennung des »Nachtwächterstaates« der ersten Hälfte des 19. Jh., diesen auf einen »law-and-order-Staat« zu reduzieren, denn dies

40 S. dazu als Beispiel Veit Dengler, »Die Zukunft der Sicherheit – der europäische Sicherheitsvertrag« in: Harald Mahrer (Hg.), Österreich 2050, Wien 2005, S. 195-198.

41 S. dazu etwa Fleiner-Gerster (FN 16), S. 396: »Die Schutzaufgabe gehört sicher zu den ersten und ursprünglichen Aufgaben der staatlichen Gemeinschaft.« Siehe auch Ulrich Beck / Edgar Grande, *Das kosmopolitische Europa*, Frankfurt am Main 2004, S. 176, die vom »Urversprechen« der Staaten, »nämlich die Sicherheit ihrer Bürger zu garantieren«, sprechen.

42 Andersfalls erlischt »die Verpflichtung der Untertanen gegen den Souverän«, weil diese »nur so lange dauert, wie er sie aufgrund seiner Macht schützen kann und nicht länger« (Leviathan, 17, 21 XX 1).

43 Leviathan 17, 21 XX 1.

44 In diesem Sinne sagt auch Carl Schmitt in seiner erstmals 1938 erschienen Schrift »Der Leviathan«: »Im »zivilen«, staatlichen Zustand sind alle Staatsbürger ihres physischen Daseins sicher; hier herrscht Ruhe, Sicherheit und Ordnung. Das ist bekanntlich eine Definition der Polizei. Moderner Staat und moderne Polizei sind zusammen entstanden, und die wesentlichste Institution dieses Sicherheitsstaates ist die Polizei« (Carl Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, Köln 1982, S. 47).

45 Vgl. Rudolf Steinberg (FN 9), S. 41. Insofern ist der positivistische Gesetzesstaat, den Carl Schmitt begeistert akklamiert, »weil nur die unwiderstehliche Entscheidung eines sicher funktionierenden gesetzlichen Zwangssystems« dem Streit, was Recht ist und was nicht, ein Ende macht (Carl Schmitt (FN 44), S. 69), ein Rückschritt, denn er ignoriert die Bedeutung der Selbstbeschränkung des Staates durch Bindung an die Grundrechte und reduziert auf einen rein technisch-neutralen Vorgang.

war er gerade nicht: Die Reduktion des Staates auf die Staatsfunktionen Ruhe und Ordnung nach innen und außen diene dem Zweck der Gewährleistung der liberalen Freiheiten<sup>46</sup>. Der »Nachtwächterstaat« diene der Rechtsstaatlichkeit – noch ohne Demokratie und Sozialstaatlichkeit –, aber nicht einem ungebundenen »Leviathan«<sup>47</sup>.

Die Staatsaufgabe öffentliche Sicherheit wurde mit dem Aufstieg des Sozialstaates etwas in den Hintergrund gedrängt, blieb aber weiterhin für das Funktionieren des Staatswesens von zentraler Bedeutung.

Allerdings nahm eine Staatstheorie, die dem geltenden Recht nicht positivistisch-unkritisch gegenüber steht, mit Recht an, dass diese Staatsaufgabe Freiheit und Ordnung garantieren sollte, also im Dienste des Rechtsstaates stand. Die Staatsaufgabe öffentliche Sicherheit sollte eben keine eigenständige, dem »law-and-order«-Gedanken verpflichtete, Funktion bilden, sondern diesen Zielen untergeordnet sein<sup>48</sup>. Sie ist demnach zweifellos eine wichtige, aber nur eine unter vielen Aufgaben, nicht vornehmer, ursprünglicher oder essentieller<sup>49</sup>.

Eine über Staatsaufgaben geführte, vom Effizienzgedanken beseelte Diskussion tendiert freilich dazu, von solchen grundsätzlichen Überlegungen zu abstrahieren: Im Mittelpunkt steht nicht »wie« der Staat seine Aufgaben erledigen, sondern vielmehr »was« überhaupt Aufgabe des Staates sein soll. Im Konzept des »Minimalstaates« verblieb konsequenterweise letztlich nur noch die Aufrechterhaltung der Sicherheit nach innen und außen als Staatsaufgabe<sup>50</sup>.

Die Problematik sei anhand der in Österreich geführten Diskussion wie folgt veranschaulicht: Der österreichische Verfassungsgerichtshof (VfGH) legt Wert darauf, dass Kernaufgaben des Staates von diesem selbst erledigt und nicht auf in Privatrechtsformen agierende Rechtsträger ausgelagert werden<sup>51</sup>. Der VfGH hat, als Ausgliederungen auch hoheitlicher Aufgaben aus der Staatsverwaltung zur gängigen Gesetzgebungspraxis wurden, und er sich mit der Frage der Kernaufgaben des Staates befassen musste, in seiner ersten Entscheidung die Aufrechterhaltung der Sicher-

46 S. dazu auch von Georg-Christoph von Unruh, *Der Staat, Betrachtungen über Grundlagen und Grenzen der hoheitlichen Gewalt*, Wien/Köln/Graz 1985, S. 74–77.

47 Einen solchen Leviathan, der im Interesse von Ruhe, Ordnung und Sicherheit eben keinen Respekt vor dem Privatleben seiner Untertanen hatte, verkörperte Österreich in der Ära Metternichs (1815–1848). S. dazu die 1828 in London erschienene instruktive Abrechnung mit dem österreichischen System des Vormärz von Charles Sealsfield, *Österreich, wie es ist oder: Skizzen von Fürstenthöfen des Kontinents*, Wien 1997.

48 Vgl. dazu Peter Saladin, *Wozu noch Staaten?*, Bern 1995, S. 186–187.

49 Peter Saladin (FN 48), S. 186.

50 S. dazu Peter Pernthaler (FN 6), S. 73, und der dort gemachte Bezug auf Robert Nozick.

51 Vgl. Bernhard Raschauer, »Staatliche Kernaufgaben – Notwendigkeit oder Fiktion?« in: Österreichische Juristenkommission (Hg.), *Entstaatlichung. Gefahr für den Rechtsstaat?*, Wien 2002, S. 110.

heit nach innen und außen als eine jener Kernaufgaben betrachtet, die vom Staat selbst zu erledigen sind<sup>52</sup>.

Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Thema der Kernaufgaben blieb aber wenig ergiebig und in der Judikatur ohne maßgebliche Folgewirkungen, gerade weil sich diese nur die Frage stellte, ob eine bestimmte Aufgabe vom Staat selbst oder von Privatrechtsträgern erledigt werden dürfe, nicht aber, »wie« (z.B. unter rechtsstaatlicher und demokratischer Kontrolle) bestimmte Aufgaben erledigt werden müssten.

Die darauf folgenden Entscheidungen des VfGH über die Kernaufgaben waren anlassbezogen und ließen eine dahinter stehende, abgesicherte Theorie vermissen<sup>53</sup>. Zum Teil lässt sich auch eine überschießende Tendenz nicht absprechen: Wenn beispielsweise die Übertragung von Strafgewalt auch in vergleichsweise marginalem Rahmen auf private Rechtsträger als verfassungswidrige Auslagerung von Kernaufgaben betrachtet wird<sup>54</sup>, so erweist sich dies als eine verkürzte Sicht der Dinge: Es geht doch vielmehr darum, unter welchen Standards die Aufgabe erfüllt wird und nicht, ob sie unbedingt unter den Garantien organisatorischer Staatlichkeit erfüllt wird.

Im Ergebnis handelt es sich um eine Mythisierung der Staatsaufgabe »Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit«, wenn offenbar selbst geringfügige Auslagerungen als mit dem Gewaltmonopol des Staates unvereinbar betrachtet werden, andererseits jedoch der Auslagerung von Aufgaben der Daseinsvorsorge auf private Rechtsträger, um nur ein prominentes Beispiel zu nennen, praktisch keine Schranken auferlegt werden.

Zurück bleibt in diesem Konzept die öffentliche Sicherheit als die Zitadelle des Staates, die dieser, während er sich aus anderen Aufgaben zurückgezogen hat, mit umso höheren Mauern umgibt, um eine verbissene Verteidigung zu ermöglichen.

Es ist dabei auch nicht zu übersehen, dass die Praxis in der Herstellung von Ordnung, Ruhe und Sicherheit in ihrer Tendenz den Zentralismus fördert<sup>55</sup>. Pluralismus, vertikale Gewaltenteilung, aber auch die Besorgung von Aufgaben der Sicherheitsverwaltung durch Behörden der allgemeinen Verwaltung haben eine machtbremsende und -brechende Wirkung, die mit den von den für die Sicherheit zuständigen Zentralstellen gewünschten Durchgriffsrechten im Regelfall in Widerspruch steht. Der Aufbau spezialisierter Polizeiapparate bedeutet in der Regel zentralisierte Organisationen, was sich auch auf die Position der Bürgerrechte niederschlägt<sup>56</sup>. »Angesichts der internationalen Verflechtung des Terrorismus« wird die

52 So das so genannte »Austro-Control-Erkenntnis« des VfGH VfSlg. 14.473/1996.

53 S. dazu etwa die Kritik bei Bernhard Raschauer, »Kernaufgaben des Staates«: *Rechtsfortbildung oder Rechtskreation?* in: ZfV 2005/1, S. 18–21.

54 So die Entscheidung des VfGH hinsichtlich der Übertragung von Strafgewalt auf einen ausgegliederten Rechtsträger (im konkreten Falle der Wertpapieraufsicht) in VfSlg 16.400/2001.

55 Vgl. Karl Weber / Martin Schlag (FN 32), S. 1.

»föderale Kompetenzaufspaltung« als nicht geeignet gesehen, um der Gefahrenlage gerecht zu werden<sup>57</sup>. Ein weiteres Mal dient der Kampf gegen den Terrorismus als Argument, möglichen Widerstand gegenüber der Maximierung von Sicherheit einzuebnen.

### B) Rückkehr zu Hobbes? Aufgaben der Staatstheorie im 21. Jahrhundert

Dem Trend der vergangenen Jahre kann entnommen werden, dass der Bereitstellung des öffentlichen Gutes Sicherheit im 21. Jh. besondere Bedeutung gegenüber anderen Staatsaufgaben zukommen wird. Sie wird angesichts weiter steigender Unsicherheit in der Gesellschaft gleichsam eine prioritäre Aufgabe darstellen. Die öffentliche Sicherheit wird sich auch als grundsätzlich resistenter als andere Aufgabenbereiche des Staates gegenüber Ausgliederungen und Privatisierungen erweisen, aber dennoch nicht dagegen gefeit sein. Diese Erscheinungen werden dort stattfinden, wo die Aufgabenbesorgung durch Private oder in Formen privater Rechtsträger effizienter erscheint als durch staatliche Organe selbst. Auch hoheitliche Agenten werden betroffen sein, z.B. Gefängnisse, auf die in Hinkunft voraussichtlich ein besonderer Druck in Richtung Ausgliederung und Privatisierung ausgehen wird, es sei denn, die verfassungsgerichtliche Judikatur zieht einer solchen Vorgehensweise engere Grenzen<sup>58</sup>.

Auch wenn die Gewährleistung der Sicherheit nach innen und außen zum staats-theoretischen Minimalkonsens über die Staatsaufgaben gehört, verbleibt als letztlich entscheidende Frage, unter welchen Rahmenbedingungen diese Aufgabe zu gewährleisten ist. Orientierungen dafür liegen bisher höchstens ansatzweise vor.

- 56 Dies zeigt sich auch in den in Deutschland und Österreich geführten Reformdebatten zur bundesstaatlichen Struktur: Hier wie dort standen Zentralisierungen auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit zur Diskussion, im Falle Österreichs freilich (nur) deshalb weniger massiv, weil die öffentliche Sicherheit bereits weitgehend zentralisiert ist. Zum Stand der Diskussion in der Föderalismuskommission s. Martin Große Hüttmann, »Sicherheitsprovinzialismus« und »Bildungskleinstaaterei«: »Die Rolle der Bundesregierung in der Föderalismusdebatte« in: Rudolf Hrbek / Annegret Eppler (Hg.), *Die unvollendete Föderalismus-Reform*, Tübingen 2005, S. 151–173; Die Diskussion im Österreich-Konvent kann anhand des Berichts des Österreich-Konvents (Teil 3, 153 ff) nachvollzogen werden ([www.konvent.gv.at](http://www.konvent.gv.at)). Im Entwurf des Vorsitzenden des Konvents, Franz Fiedler, werden in den Art 187 ff alle Schranken gegen eine Zentralisierung niedergerissen (Bericht des Österreich-Konvents, Teil 4B).
- 57 So Bundesinnenminister Schily, zitiert bei Martin Große Hüttmann, »Der Terrorismus bedroht das ganze Land«: Die Debatte um eine Reform des deutschen Sicherheitsföderalismus« in: Europäisches Zentrum für Föderalismusforschung (Hg.), *Jahrbuch des Föderalismus 2005*, Tübingen 2005, S. 178.
- 58 Derartige Einschränkungen sind angesichts der neueren Judikatur des VfGH, der die mit dem »Austro-Control-Erkenntnis« 1996 weit geöffneten Schranken schrittweise wieder schließt, durchaus abzusehen.

Obgleich es in der Judikatur wie in der Staatstheorie Abgrenzungen von Kernaufgaben von anderen Aufgaben gibt, ist derzeit keine einheitliche Theorie in Sicht, die eine Priorisierung von bestimmten Aufgaben erlauben würde. Man wird lediglich sagen können, dass, wenn es einem Staat nicht gelingt, Ruhe und Ordnung zu halten, seine Existenz als solche in Frage gestellt ist<sup>59</sup>.

Das Fehlen einer solchen allgemeinen Theorie der Staatsaufgaben mag von der Wissenschaft beklagt werden, erleichtert jedoch der Politik eine Prioritätenreihung nach eigener Einschätzung. Diese Priorität der Politik wird gegenwärtig auf Seiten der Gewährleistung von Sicherheit, allenfalls auch zu Lasten von Grundrechten und der Gewaltenteilung zu suchen sein<sup>60</sup>.

Eine dieser Entwicklungen gegenüber indifferente Staatstheorie würde der Wiederkehr des »Leviathan« Vorschub leisten und damit Standards des demokratischen Rechtsstaats gefährden, die als längst abgesichert gegolten haben. Die Staatstheorie hat auf die Herausforderung, die sich aus einer objektiv gewachsenen Unsicherheit und einer objektiv gewachsenen abstrakten Gefährdung der Gesellschaft einerseits und einer allmählich prärechtsstaatliche Züge annehmenden staatlichen Antwort, wie es sich am Beispiel der offenbar immer häufiger stattfindenden Relativierung des Folterverbots in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung zeigt<sup>61</sup>, noch nicht angemessen reagiert.

59 Diese Staaten werden in der Staatstheorie als »failed states« bezeichnet, deren klassische Beispiele heute Entitäten wie Somalia oder zumindest vor dem 11. September Afghanistan sind oder waren.

60 S. dazu den essayistischen Beitrag von Christian Bommarius, »Der absolute Verdacht« in: *Kursbuch* 155/2004, S. 181–190.

61 Trotz des durch die EMRK (Art 3) und das GG (Art 104 Abs 1) garantierten Folterverbots wird die Frage, ob gegen einen Beschuldigten durch die Polizei unter bestimmten Voraussetzungen auch körperliche Gewalt angewendet werden darf, gelegentlich schon auf der Grundrechtsebene bejaht, was zu einer verfassungsrechtlichen Relativierung des Folterverbots führt (vgl. Winfried Brugger, »Darf der Staat ausnahmsweise foltern?« in: *Der Staat* 1996/1, S. 67–97; Winfried Brugger, »Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?« in: *Juristenzeitung* 2000/4, S. 165–173; s. dazu auch Horst Meier, »Die Versuchung der Folter« in: *Kursbuch* 155/2004, S. 108–121) Von dem Versuch, eklatante Grundrechtsverletzungen als berechtigt zu legitimieren, ist allerdings die Frage zu unterscheiden, unter welchen Voraussetzungen rechtswidrige Handlungen moralisch verständlich oder – etwa als Notstandshandlung – straffrei sein können (so auch Danial Tomasovsky, »Ist Folter in Ausnahmesituationen erlaubt?« in: Iris Eisenberger u.a. (Hg.), *Norm und Normvorstellung*, Festschrift Funk, Wien 2003, S. 583; Die Folgen eines derartigen rechtlichen Dammbrechts sind nicht abzuschätzen. S. dazu auch Jochen Abr. Frowein, »Terrorismus als Herausforderung für den Rechtsstaat« in: Bundesministerium für Inneres (Hg.), *Terror – Prävention – Rechtsschutz*, Wien 2005, S. 29 ff. Dass die Frage der Zulässigkeit von Folter unter dem Eindruck zunehmender Angst vor einer nicht näher konkretisierbaren Terrorgefahr auch internationale Beachtung findet, zeigt auch der Bericht in der »Neuen Zürcher Zeitung« vom 20.05.2005: »Kann Folter zulässig sein?«, über eine in Australien geführte Diskussion, wonach moderate Foltermethoden zulässig seien, wenn sie zur Beschaffung von Informationen beitragen, auf Grund derer das Leben unschuldiger Menschen gerettet werden könne.

Entgegen der Tendenz der Staatspraxis, deren Differenzierungen zwischen innerer und äußerer Sicherheit, zwischen Polizei und Militär, zwischen Gewährleistung rechtsstaatlicher Freiheit und Verteidigung der Souveränität des Staates, immer mehr schwinden, muss es Aufgabe der Staatstheorie sein, auf die Bedeutung dieser Differenzierungen hinzuweisen. Schon die Wahl des Terminus »Krieg gegen den Terrorismus« verweist auf die Absicht, bürgerliche Freiheiten zugunsten des Ausnahmezustandes auszuschalten<sup>62</sup>. Ein solcher Zustand wäre indessen die Rückkehr zum »Hobbes'schen Leviathan«, seine »Wiedererfindung« unter dem Vorwand der Gewährleistung von Sicherheit.

Eine Herausforderung stellt auch der Paradigmenwechsel in der Struktur polizeilichen Handelns dar, nämlich die Verlagerung von Polizeiaufgaben von der reaktiven, sozusagen repressiven Tätigkeit hin zur Prävention<sup>63</sup>. Dieser Wandel ist für die Beurteilung des Wesens eines auf die Herstellung von Sicherheit spezialisierten Verwaltungsapparates von nicht zu unterschätzender Bedeutung: Die reaktive Polizei schreitet erst ein, wenn eine Straftat geschehen ist oder unmittelbar bevorsteht, die präventive Polizei wird schon im Vorfeld tätig, um eine noch recht nebulose Gefahr abzuwehren<sup>64</sup>. Vor diesem Hintergrund ist auch die immer häufiger praktizierte Videoüberwachung öffentlicher Plätze und Einrichtungen zu sehen, die nicht nur eine begleitende Beobachtung im Sinne eines Objekt- und Personenschutzes darstellt, sondern auch der Aufzeichnung und Aufbewahrung von Daten dient. Es liegt auf der Hand, dass der letztere Vorgang einen viel stärkeren Eingriff in die Privatsphäre bedeutet, handelt es sich doch um die Erfassung personenbezogener Daten<sup>65</sup>.

Einen Kerninhalt des präventiven Gedankens im Sicherheitsstaat bildet die Terrorismusbekämpfung, wie sie in Deutschland mit dem »Terrorismusbekämpfungsgesetz«<sup>66</sup> verankert wurde. Das besondere Merkmal der mit diesem Gesetz etablierten Maßnahmen besteht darin, dass nicht nur Straftaten verhindert oder verfolgt werden sollen, sondern die Lebensweise einer Gesellschaft verteidigt werden soll. Daraus ergibt sich auch ein besonderer Ansatz, da demnach Personen näher untersucht werden müssen, die gerade einen anderen als den herrschenden Lebensstil pflegen<sup>67</sup>.

Nun kann zwar nicht ernsthaft die Legitimation eines Staatshandelns in Frage gestellt werden, das darauf abzielt, womöglich überaus ernste terroristische Gefähr-

62 S. dazu auch Hans-Heiner Kühne (FN 12), S. 15–16; Im Krieg ist der Ausnahmezustand permanent. Die Wahl der Terminologie »Krieg gegen den Terrorismus« dient der Legitimation der dauerhaften Ausschaltung bürgerlicher Freiheiten. Zum Zusammenhang zwischen dem »War on Terrorism« und dem »Ausnahmezustand« siehe auch Gerhard Holley (FN 24), S. 148–149.

63 Vgl. Alfred Nöll, »Vor dem Sicherheitsstaat?« in: *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft* 2004, S. 39; Hans Heiner Kühne (FN 12), S. 14 f.

64 Vgl. Hans Heiner Kühne (FN 12), S. 14f.

65 S. dazu Bernd-Christian Funk, Videoüberwachung an öffentlichen Orten – verfassungsrechtliche und gesetzliche Grundlagen in: *ÖGZ* 2005/4, S. 6–9.

66 *BGBI.* 2002 I 361.

67 S. dazu Dieter Kugelmann, »Terrorismusbekämpfung und Zuwanderer« in: Klaus Barwig / Ulrike Davy (Hg.), *Auf dem Weg zur Rechtsgleichheit?*, 2005, S. 275.

dungen von einer Gesellschaft abzuwehren. Es ist aber auch ebenso klar, dass Aufweichungen von Grundrechten vor dem Hintergrund von Gefahrenprävention das Staatswesen immer näher an den repressiven Polizeistaat heranrücken, je bedrohlicher die präventiv abzuwehrenden Gefahren nur dargestellt werden. Dadurch werden entscheidende rechtsstaatliche Errungenschaften in Frage gestellt<sup>68</sup>.

### C) *Jenseits von Hobbes: Der limitierte Sicherheitsstaat*

Wie kann den Gefährdungen, die von einem zentralisierten, präventiven Sicherheitsstaat für die Grundrechte und den Pluralismus ausgehen, begegnet werden? Welche Aufgabe kommt dabei der Staatstheorie zu?

Der Sicherheitsstaat darf nicht zum neuen Paradigma der Staatlichkeit verabsolutiert werden. Zu akzentuieren ist viel mehr, dass die Sicherheitsfunktion des Staates der Gewährleistung von Freiheit und Rechtsstaatlichkeit dient.<sup>69</sup> Eine solche Rückbesinnung auf den Rechtsstaat tut angesichts aktueller Bedrohungen, die aus der Überbetonung der Sicherheitsfunktion des Staates resultieren, not. Wenn Folterverbote rechtlich relativiert werden, bedeutet dies ein ernstzunehmendes Alarmzeichen.

Je größer die Bedrohungen, die auf die Gesellschaft einwirken, umso stärker müssen die Grundrechte gewichtet werden, um nicht den schrankenlosen »Leviathan« wiederzubeleben, der im 19. Jh. durch Demokratie und Rechtsstaat überwunden wurde. Der sich seinen Schranken bewusste Sicherheitsstaat kann deshalb nicht minder selbstbewusst auftreten und kann rechtsstaatliche Garantien auch denen gewähren, die den Rechtsstaat bekämpfen. Der Rechtsstaat darf sich selbst im Kampf mit seinen Gegnern nicht verraten<sup>70</sup>.

Vor diesem Hintergrund kommt den persönlichkeitsbezogenen Grundrechten, wie dem Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK), des Datenschutzes (in Österreich § 1 Datenschutzgesetz 2000), der Informationsfreiheit (Art. 10 EMRK, Art. 5 GG), der Freizügigkeit (Art. 2 und 11 GG, in Österreich Art. 6 Staatsgrundgesetz über die persönlichen Rechte der Staatsbürger) eine immer wichtigere Rolle zu. Dies setzt auch eine Interpretation der Gesetzesvorbehalte in einer Weise voraus, die wirksame Schranken gegenüber dem »Leviathan« darstellen.

Schon bisher ist es unstrittig, dass der Gesetzgeber diese Grundrechte nicht aushehlen darf. In Art. 19 Abs. 2 GG ist eine Wesensgehaltsgarantie ausdrücklich verankert. In Österreich wurde vom Verfassungsgerichtshof die Theorie der Wesensgehaltssperre entwickelt, die auf eine Sachlichkeitsprüfung der das Grundrecht

68 Alfred Noll (FN 63), S. 39; s. auch Hamm (FN 39), S. 260–261.

69 Dazu auch Konrad Lachmayer, Überwachung im Informationszeitalter, *juridikum* 2006/1, S. 31–32

70 S. dazu Wolfgang Hoffmann-Riem, »Demonstrationsfreiheit auch für Rechtsextremisten« in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, S. 2781–2782.

einschränkenden Regelung hinausläuft<sup>71</sup>. Derartige Sachlichkeitsprüfungen implizieren eine Interessenabwägung<sup>72</sup> zwischen Rechtsgütern, im konkreten Fall der öffentlichen Sicherheit einerseits und des Schutzes der Privatheit, der Freizügigkeit und der Liberalität andererseits. Sie bergen damit aber auch eine Gefahr in sich, nämlich der Überbetonung gerade aktueller Interessenlagen. In der jüngeren Judikatur des VfGH hat jedoch nunmehr das Verhältnismäßigkeitsprinzip die Wesensgehaltssperre verdrängt<sup>73</sup>. Auch die deutsche Lehre ist der Auffassung, dass Art. 19 Abs. 2 GG gegenüber dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz keine zusätzliche Schranke gegenüber der Einschränkung von Grundrechten aufbaut<sup>74</sup>.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip trägt dem Umstand Rechnung, dass Grundrechte nicht verabsolutiert werden dürfen: Der Ausgleich der widerstreitenden Interessen ist somit über eine Theorie zu ermitteln, die dem Problem begegnet, dass, um das Beispiel der Überwachung öffentlicher Plätze zu nennen, auf der einen Seite Straftaten vorgebeugt werden soll und auf der anderen Seite Grundrechtsgefährdungen drohen, etwa im Hinblick auf den Schutz der Privatsphäre. Neben einer vom Gesetzgeber zu leistenden, präzisen gesetzlichen Grundlage, die solche Maßnahmen nur erlaubt, wenn auf Grund konkreter Tatsachen zu befürchten ist, dass es zu gefährlichen Angriffen auf das Leben, die Gesundheit oder das Eigentum kommen wird<sup>75</sup>, ist eine genaue Prüfung der Verhältnismäßigkeit geboten, für welche die Theorie die Grundlagen liefern muss. Die Judikatur der Verfassungsgerichte hat dazu Grundsätze entwickelt, wie insbesondere den Grundsatz der Eignung der eingreifenden Regelung, des öffentlichen Interesses, das sie verfolgt, ihrer Erforderlichkeit, der Angemessenheit und der Sachgemäßheit<sup>76</sup>. Auf der Grundlage einer solchen Theorie können auch Probleme, wie sie sich in der Praxis mit der gelegentlichen Überbetonung des Grundrechtsschutzes ergeben – etwa beim Datenschutz<sup>77</sup> – bewältigt werden.

71 Peter Pernthaler, *Österreichisches Bundesstaatsrecht*, Wien 2004, S. 702; Kritisch zur Wesensgehaltssperre, Walter Berka, *Die Grundrechte*, Wien 1999, S. 153–154.

72 S. dazu auch Karl Korinek, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wien 2000, S. 12 ff.

73 Walter Berka (FN 70), S. 154.

74 S. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*<sup>3</sup>, Frankfurt am Main 1996, S. 272.

75 Zu den gesetzlichen Grundlagen in Österreich s. Peter Andre, »Videoüberwachung an öffentlichen Plätzen aus sicherheitspolizeilicher Sicht« in: *ÖGZ* 2005/4 10–13; Bernd-Christian Funk (FN 65), S. 8–9.

76 S. dazu die Nachweise bei Peter Pernthaler (FN 70), S. 657–658; Walter Berka (FN 71), S. 154–155. Siehe auch das Urteil des BVerfG zum Europäischen Haftbefehl vom 18. Juli 2005, 2 BvR 2236/04, das die Unverhältnismäßigkeit des Umsetzungsgesetzes zum Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl hervorhebt. Siehe weiters auch Konrad Lachmayer (FN 69), S. 32.

77 Im Gefolge der Tsunami-Katastrophe weigerte sich beispielsweise die österreichische Fluglinie Austrian Airlines unter Hinweis auf den Datenschutz Listen jener Personen bekannt zu geben, die sich an Bord von aus den Katastrophengebieten einlangten Flugzeugen befanden, was zahlreiche Angehörige oder sonst Betroffene un-nötigerweise in schlimmer Ungewissheit ließ.

Auf der Theorie der Grundrechte baut auch eine Theorie eines limitierten, nicht der Wiederbelebung des »Hobbes'schen Leviathan« verpflichteten Sicherheitsstaates auf. Das Ausmaß, in dem Sicherheitsinteressen Vorrang eingeräumt wird, gründet auf einer Interessenabwägung: Auf der einen Seite ist das Ausmaß des Grundrechtseingriffs und seine Auswirkungen auf die geschützten Werte in die Waagschale zu werfen, auf der anderen Seite das Ausmaß der Gefährdung. Je größer die Gefahr, umso rigidere Eingriffe sind erlaubt. Je stärker eingegriffen wird, umso resistenter wird das solcherart eingeschränkte Recht. Die Stärke der gegenläufigen Gründe muss überproportional wachsen<sup>78</sup>.

Maßnahmen der präventiven Gefahrenabwehr sind dabei im Hinblick auf die Grundrechtseingriffe kritischer einzuschätzen als solche der reaktiven Gefahrenabwehr, weil die Prävention im Prinzip eine polizeistaatliche Maßnahme ist, und wegen der Abstraktheit der Bedrohung gleichsam perpetuiert wird. Hingegen trägt die reaktive Gefahrenabwehr eine zeitliche Beschränkung in sich, indem sie auf die Aufklärung und Ahndung eines bestimmten Vorgangs abstellt. Das abstrakte Drohen einer Gefahr liefert Maßnahmen der präventiven Gefahrenabwehr eine grundsätzlich nur schwache Legitimationsbasis und kann diese nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip nur in besonderen Fällen rechtfertigen.

Eingriffsbefugnisse des Staates bei der präventiven, sicherheitspolizeilichen Gefahrenabwehr sind nach diesen Überlegungen grundsätzlich restriktiv auszulegen. Nur eine erhebliche Nähe zum Terrorismus darf zu konkreten Eingriffen in die Rechtssphäre führen<sup>79</sup>. In diesem Sinne sind auch allgemeine Kriterien für die Abgrenzung von Förderungs- und Unterstützungshandlungen (etwa im Bereich des Terrorismus) gegenüber der Wahrnehmung von Freiheitsrechten erforderlich, die noch erarbeitet werden müssen<sup>80</sup>.

#### IV. Überblick

Die zentrale These dieses Beitrags ist, dass der 11. September 2001 sowohl in Politik und Rechtspraxis als auch in der Staatstheorie einen Paradigmenwechsel gebracht hat. Nach diesem Zeitpunkt hat vor allem die Rechtspraxis, nicht nur in den Vereinigten Staaten, sondern vor allem auch in Europa, besonderen Wert auf die Verwirklichung des öffentlichen Gutes Sicherheit gelegt. Im Völkerrecht wird seither ein hegemonialer Anspruch der Vereinigten Staaten sichtbar. In der Sicherheitspolitik zeigt sich eine neue Rolle des Staates, die sich freilich zuvor schon angekündigt hatte<sup>81</sup>.

78 Robert Alexy (FN 74), S. 146 und 271.

79 S. dazu auch Dieter Kugelmann (FN 67), S. 282–283.

80 S. dazu Günter Renner (FN 25), S. 310.

81 S. dazu auch Alfred Noll, »Vor dem Sicherheitsstaat?« in: *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft* 2004, S. 33–35.

Der seit dem 11. September 2001 wahrnehmbare Paradigmenwechsel bezeugt, dass sich Staatsfunktionen entgegen mancher voreiliger Prophezeiungen nicht aufgelöst haben: Der Bedarf an der Bereitstellung des kollektiven Gutes öffentliche Sicherheit ist ungebrochen vorhanden. Es ist lediglich nicht überall klar, ob der Staat als solcher die Bereitstellung der Leistung übernehmen muss oder ob er nur als Garant und Gewährleister der Leistungserbringung auftreten soll.

Die besondere Rolle, die das öffentliche Gut Sicherheit spielt, erfordert eine stärkere Sensibilisierung im Hinblick auf die Wahrung der auf den Schutz der Privatsphäre ausgerichteten Grundrechte. Eine wichtige Funktion nimmt dabei das Verhältnismäßigkeitsprinzip ein, wobei die Theorie jene Kriterien erarbeiten muss, die eine solche Handhabung des Verhältnismäßigkeitsprinzips erlauben, dass es nicht zur Überbetonung gerade aktueller Interessenlagen kommt. Der sich abzeichnende Sicherheitsstaat muss sich seiner grundrechtlichen Schranken bewusst sein.

### *Zusammenfassung*

Die Gewährleistung von öffentlicher Sicherheit als eine elementare Aufgabe des Staates erlebt seit dem 11. September 2001 eine ungeahnte Renaissance. Der starke Staat als Garant für Rechtsstaatlichkeit und Ordnung wird wieder entdeckt, nachdem so genannte »gescheiterte« Staaten veranschaulichen, was geschieht, wenn es kein staatliches Gewaltmonopol mehr gibt.

Der Staat muss jedoch danach trachten, dass die Wahrnehmung der Aufgaben der öffentlichen Sicherheit nicht in einer Weise an Private ausgelagert wird, die sein Gewaltmonopol unterhöhlt. Vor allem muss einer »Rückkehr zu Hobbes« durch stärkere Akzentuierung der im Sicherheitsstaat besonders gefährdeten Grundrechte entgegen gewirkt werden. In der Abwägung zwischen den Interessen der öffentlichen Sicherheit und den berührten Grundrechten kommt dabei dem Verhältnismäßigkeitsprinzip eine besondere Rolle zu.

### *Summary*

Since September 11th public security as one of the primary tasks of the state is faced with an unexpected revival. The »strong state« as a guarantee of rule of law and public order is being reinvented, after so called »failed states« are showing what happens, if there is no monopoly of power of the state existing any more.

States however must be ambitious that public security transferred to private persons or enterprises does not erode the powers of the state. »Back to Hobbes« must be prevented by a stronger sensitiveness in respect of such fundamental rights which are most endangered by the rise of the security state. Special attention must be paid to the principle of proportionality, which should work as orientation in the conflict of the interests of public security and the involved fundamental rights.

*Peter, Bußjäger, Reinventing Leviathan?*