

Herausforderungen für den Rechtsstaat

Franz Merli

Der Rechtsstaat steht heute vor drei großen Herausforderungen:

Erstens drohen bisher selbstverständliche Annahmen über das, was im Rechtsstaat verboten ist, in der laufenden Sicherheitsdebatte verloren zu gehen.

Zweitens könnten traditionelle rechtsstaatliche Mechanismen irrelevant werden, weil die Macht, die sie begrenzen sollen, in den internationalen Bereich ausweicht.

Drittens entpuppen sich rechtsstaatliche Regeln möglicherweise auch innerstaatlich als unzureichend, weil sie der zunehmenden Einbeziehung Privater in die staatliche Machtausübung nicht gerecht werden.

Es geht also um den Inhalt wie den Anwendungsbereich von Rechtsstaatlichkeit, um Gewissheits- wie Bedeutungsverluste eines zentralen Elements jeder erträglichen politischen Ordnung.

1. Gewissheitsverluste durch Terrorismus

Die Vereinigten Staaten, in vieler Hinsicht rechtsstaatliches Vorbild für Europa, entführen Personen, sperren sie ohne Ende und Verfahren in geheimen Lagern oder rechtlosen Exklaven ein, verweigern ihnen anwaltlichen Beistand und gerichtlichen Rechtsschutz, foltern sie – und finden das richtig. Das ist verstörend und hat auch in Europa zu Verwirrung geführt.

So entspannt sich in Deutschland eine intensive Debatte darüber, ob Folter unter bestimmten Umständen – regelmäßig als einziges Mittel zur rechtzeitigen Entdeckung der verdurstenden Geisel oder der tickenden Bombe – zulässig oder gar geboten sein könne. In einem Land, das Rechtsstaatlichkeit wie kein anderes systematisch entfaltet hat, das im ersten Verfassungsartikel die Menschenwürde für unantastbar erklärt und in einem weiteren verbietet, festgehaltene Personen seelisch oder körperlich zu misshandeln, und das sich, wie Österreich, der Europäischen Menschenrechtskonvention

unterworfen hat, die Folter und unmenschliche Behandlung ausdrücklich und ausnahmslos verbietet, hätte man das nicht erwartet. Im konkreten Fall Gäfgen/Metzler/Daschner sind dann das deutsche Bundesverfassungsgericht und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte allerdings standhaft geblieben und haben keine Zweifel daran gelassen, dass die polizeiliche Androhung von Schmerzen gegenüber dem (damals mutmaßlichen) Entführer rechtswidrig war, auch wenn sie der Rettung des entführten Kindes dienen sollte. Das Bundesverfassungsgericht erklärte auch eine gesetzliche Ermächtigung zum Abschuss von Flugzeugen, die von ihren Entführern nach dem Muster des 11. September als Waffe zum Massenmord verwendet werden sollen, für nichtig, weil das Leben der Passagiere nicht mit jenem der möglichen Opfer am Boden verrechnet werden dürfe. Die Debatte war damit aber keineswegs beendet. Gerade diese Entscheidung stieß auf harsche Kritik: In einem Buch warf der Kölner Staatsrechtslehrer Otto Depenheuer dem Verfassungsgericht „Verfassungsintrovertiertheit“ vor, die in verantwortungslosen und wirklichkeitsblinden „Verfassungsautismus“ umzuschlagen und den Rechtsstaat durch Verzicht auf Selbstbehauptung preiszugeben drohe. Der Autor spricht vom notwendigen „Bürgeropfer“, von „domestizierter Folter“ und empfiehlt ein „Feindstrafrecht“ auch für bloß potenzielle Terroristen. Das Buch hat anscheinend Anklang beim deutschen Innenminister gefunden, aber auch viel Ablehnung erfahren. Wie sehr seine Thesen vom traditionellen Verständnis abweichen, erkennt man indirekt daran, dass die Berufung des angesehenen Staatsrechtlers Horst Dreier zum Mitglied und künftigen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts (zumindest „offiziell“) daran scheiterte, dass er in einem Kommentar gemeint hatte, im Extremfall einer Konfrontation zwischen Menschenwürde des Täters und Menschenwürde des Opfers „dürfte der Rechtsgedanke der rechtfertigenden Pflichtenkollision nicht von vornherein auszuschließen sein“.

Debatten dieser grundsätzlichen Art sind in Österreich noch nicht geführt worden, sieht man von einer „Sommerdiskussion“ (Gusenbauer) im Jahr 2007 ab, die zum Ergebnis führte, dass es keine gesetzliche Regelung eines Flugzeugabschusses geben sollte, dass manchmal der Verteidigungsminister und manchmal der Innenminister zuständig sei und dass letztlich der Pilot entscheiden müsse. Dafür gibt es sicher einige Gründe, nicht zuletzt die Tatsache, dass sich hier noch niemand Relevanter als Freund „robuster“ Staatlichkeit im Depenheuerschen Sinn zu erkennen gegeben hat. Ein anderer Grund könnte aber auch darin liegen, dass eine Auseinandersetzung mit diesen Thesen, die über Entrüstung und Polemik hinausgehen will, durchaus intellektuellen Aufwand erfordert: Rechtsstaatliche Selbstver-

ständigkeit erodieren erstaunlich schnell, so zeigt sich, wenn man sie mit Extremsituationen konfrontiert.

Was in Österreich jedoch wie in Deutschland passierte, ist eine flächen-deckende Verschärfung sicherheitsbezogener Regelungen. Auch wenn damit keine Foltererlaubnis begründet wurde, stellen einzelne dieser Maßnahmen und ihr Zusammenwirken tradierte rechtsstaatliche Grundsätze durchaus in Frage. Einige Beispiele: In das Strafrecht wurden drei neue Tatbestände aufgenommen. „Terroristische Straftaten“ von Mord bis zur Flugzeugentführung waren natürlich schon bisher verboten; wer sie aber mit terroristischem Vorsatz begeht, wird nun unter diesem Titel stärker bestraft. Neu ist die Strafbarkeit der Gründung einer „terroristischen Vereinigung“, auch bevor diese Verbrechen begeht, und auch wegen „Terrorismusfinanzierung“ macht man sich unabhängig von der Ausführung von Anschlägen strafbar. Im Strafprozessrecht wurden die rechtlichen Möglichkeiten von Staatsanwaltschaft und Polizei zur Aufklärung von Straftaten wesentlich erweitert. Zulässig sind nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen unter anderem geheime Abhörmaßnahmen, der „große Späh- und Lauschangriff“, also das Spionieren mittels Mikrofonen und Kameras in Privaträumen bei gleichzeitiger Aufzeichnung, die Überwachung von Telefon-, E-Mail- und Internetkommunikation der Bürger, die (für den Betroffenen nicht erkennbare) verdeckte Fahndung, die „Rasterfahndung“, in der große Datenmengen durchforstet werden, um Verdächtige mit bestimmten Eigenschaften oder Verhaltensweisen herauszufiltern, die „Kronzeugenregelung“, nach der jemand, der seine Mittäter verrät, milder bestraft wird, und die Beweisführung mittels anonymer Zeugen, etwa Spitzel, die ihre Identität im Prozess nicht preisgeben müssen. Im Polizeirecht wurden Befugnisse Schritt für Schritt erweitert, sei es zur (auch geheimen) Sicherheitsüberprüfung von Personen, zur verdeckten Ermittlung, zur Ausstellung von Falschurkunden und anderen Maßnahmen zum Schutz von „Vertrauenspersonen“ (Spitzeln), zu Späh- und Lauschangriffen, die fast so weit gehen wie jene nach der Strafprozessordnung, zur Videoüberwachung öffentlicher Orte, zur Verwendung automatischer Kennzeichenerkennungsgeräte und von Vorrichtungen zur Feststellung des Standorts von Handy-nutzern („IMSI-Catchern“) und vor allem zur „erweiterten Gefahrenerforschung“, also zur Beobachtung von Gruppierungen, die noch nichts angestellt haben. „wenn im Hinblick auf deren bestehende Strukturen und auf zu gewärtigende Entwicklungen in deren Umfeld damit zu rechnen ist, dass es zu mit schwerer Gefahr für die Öffentlichkeit verbundener Kriminalität“ kommt. Ähnliche Befugnisse räumt ein relativ neues Militärbefugnisgesetz dem Militär ein, vor allem dem militärischen Nachrichtendienst, und dies nicht nur zum Eigenschutz, sondern auch zu anderen Zwecken, die nur vage mit der nationalen

Sicherheit zu tun haben. In das Fremdenpolizeirecht hat man den (bloßen) Terrorismusverdacht als Einreiseverweigerungsgrund aufgenommen. Das Berufsrecht verlangt neuerdings von Banken, Rechtsanwälten, Notaren und Immobilienmaklern, dass sie bei Geschäften, die der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung dienen könnten, die Kunden identifizieren, den Verdacht der Polizei melden und die Abwicklung aussetzen, bis der Verdacht geklärt ist. Das Telekommunikationsrecht soll die Betreiber von Telekommunikationsdiensten bald verpflichten, alle Daten aller Nutzer (außer den Inhalt von Telefongesprächen oder E-Mails) sechs Monate lang auf Vorrat zu speichern und den Behörden in bestimmten Fällen zur Verfügung zu stellen; ein Auskunftsrecht der Sicherheitsbehörden über bestimmte Daten gibt es schon jetzt.

Das Besondere und in seiner Intensität auch Neue dieser Reformen besteht in der Vorverlagerung der Strafbarkeit vor die eigentliche Tat, in präventiven Polizeimaßnahmen auch ohne konkreten Verdacht, in der massiven Sammlung und Verwendung von Daten Unbeteiligter, im staatlichen Eindringen in Kernbereiche der Privatsphäre, in der starken Ausweitung geheimer Ermittlungen meist ohne (auch nur nachträgliche) Verständigung und Rechtsschutz der Betroffenen, in der Sanktionierung von Personen aufgrund geheim gehaltener Informationen und in der zunehmenden Indienstnahme Privater. Alles das widerspricht rechtsstaatlichen Grundsätzen: dass die Polizei erst agieren darf, wenn zumindest eine konkrete Gefahr oder ein Verdacht strafbaren Verhaltens besteht; dass Unbeteiligte nicht Gegenstand behördlicher Aufmerksamkeit werden sollen; dass die Behörden den Bürgern einen unbeobachteten Rückzugsraum zugestehen müssen; dass der Staat grundsätzlich offen agiert, dafür kritisiert und rechtlich belangt werden kann; dass man zwischen Polizei und Privaten unterscheiden kann und private Beziehungen polizeifrei bleiben; dass die Tat, nicht jedoch die Gesinnung bestraft wird; dass Waffengleichheit zwischen Anklage und Verteidigung besteht und die Glaubwürdigkeit von Belastungszeugen in Frage gestellt werden kann. Mancher dieser Grundsätze mögen einem erst als solche klar werden, wenn sie beseitigt oder eingeschränkt werden, andere finden sich explizit in Verfassung oder Menschenrechtskonvention.

Nun wird niemand die Notwendigkeit der Bekämpfung von Terrorismus und Kriminalität bestreiten, und für die meisten genannten Maßnahmen gibt es durchaus Argumente. Das Tückische daran ist nur, dass zunehmend auch schwächere reichen und manchmal gar keine mehr verlangt werden. Daran zeigt sich, dass wir langsam das Gefühl für die Bedeutung der Rechtsgüter verlieren, die wir für ein Sicherheitsversprechen opfern, das sich im Übrigen auch als trügerisch erweisen könnte.

Empörung reicht in dieser Lage nicht, setzt sie doch gerade jenen Konsens über das Empörende voraus, der uns zu entgleiten droht. Manchmal helfen die Gerichte, wenn sie uns schlicht an die Rechtslage erinnern: etwa dass Folter immer verboten ist, auch im Notstand oder im Krieg, und dass das auch bei vergangenen terroristischen Bedrohungen gegolten hat (so in den zitierten Fällen das deutsche Bundesverfassungsgericht und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte); oder dass durch die Verfassung gewährte Menschenrechte auch für ausländische Menschen und auf Militärstützpunkten gelten (so mittlerweile der Supreme Court der USA zu Guantanamo). Wenn es aber um Rechtsänderungen oder Abwägungen im Recht geht, sind inhaltliche Gründe gegen Kriegsrhetorik und Militarisation des Denkens gefragt, und hier hilft wohl nur geduldiges und beharrliches Argumentieren auf allen Ebenen, empirisch und funktional wie rechtsdogmatisch und moralisch, im Kleinen wie im Großen.

Immer wieder neu müssen wir darauf hinweisen, dass Einschränkungen von Grundrechten nicht nur ein legitimes Ziel (wie die Sicherheit) verfolgen, sondern dafür auch geeignet und notwendig sein müssen; dass dafür abstrakte Behauptungen und nach einiger Zeit auch plausible Vermutungen nicht mehr reichen, sondern konkrete empirische Informationen geliefert werden müssen – zum Beispiel für den Nutzen der grassierenden Videoüberwachung; dass der Staat dafür die Beweislast trägt; dass unzureichend begründete und unnotwendige Einschränkungen daher verfassungswidrig sind – wie zum Beispiel die generelle Vorenthaltung des Rechtsschutzes durch die Unterlassung einer auch nur nachträglichen Verständigung der Betroffenen von geheimen Überwachungsmaßnahmen; dass Nebenwirkungen mitbedacht werden müssen, etwa der regelmäßig vorkommende Missbrauch von Daten – vom Verkauf von staatlichen Zulassungsdaten an Privatdetektive oder umgekehrt dem Kauf von gestohlenen Bankdaten möglicher Steuersünder durch Finanzbehörden über die Verwendung von Telefonverbindungsdaten der Kunden in einem Machtkampf innerhalb eines Telekommunikationsunternehmens oder die parteipolitische Nutzung von Informationen aus laufenden Asyl- oder Strafverfahren bis zur Erpressung politischer Gegner mit Geheimdienstinformationen. Neuerdings müssen wir auch darauf hinweisen, dass umfassende Sicherheit nicht erreichbar ist; dass wir sie auch in anderen Bereichen, etwa im Verkehr, nicht um jeden Preis erreichen wollen; dass Terroranschläge, so schlimm sie auch waren, bislang nicht mehr Opfer gefordert haben als durchschnittliche Naturkatastrophen, AIDS oder Verkehrsunfälle in vielen Ländern dieser Welt; dass eine Gesellschaft mit der Erwartung und dem sicherheitsbehördlichen Verhalten eines unmittelbar drohenden Massenmordes auf Dauer nicht

leben kann; dass Folterstaaten nicht sicherer sind als Rechtsstaaten; dass die theoretischen Rechtfertigungsszenarien für Folter in der Wirklichkeit äußerst selten vorkommen, praktische Folterversuchungen aber in vielen ähnlichen Situationen entstehen; dass Foltererlaubnisse den Staat und die Menschen, die für ihn arbeiten, zutiefst korrumpieren, weil damit jede Schranke wegfällt; dass der folternde Staat sein Ansehen, seine Selbstachtung und seine Rechtfertigung für den Kampf gegen Rechtsstaatsfeinde aufgibt; kurz: dass der Rechtsstaat sich behaupten muss – aber eben als Rechtsstaat.

2. Bedeutungsverluste durch Internationalisierung

Nach den Anschlägen vom 11. September 2001 forderte der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen die Mitgliedstaaten in mehreren Resolutionen auf, Bankkonten bestimmter, in einer Liste namentlich angeführter Personen und Organisationen, die des (islamistischen) Terrorismus verdächtigt wurden, einzufrieren. Für die EU-Mitgliedsstaaten wurde dies durch einen Gemeinsamen Standpunkt der EU im Rahmen ihrer Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik und durch unmittelbare wirkende Verordnungen auf der Grundlage des EG-Vertrages umgesetzt, sodass die betroffenen Personen und Organisationen keinen Zugang zu ihrem Geld bei Banken in der EU mehr haben.

Die Aufnahme in die Liste des Sicherheitsrates erfolgte auf Wunsch einzelner UNO-Mitgliedsstaaten, meist aufgrund von Geheimdienstinformationen der USA. Kriterien dafür – wie etwa ein qualifizierter Verdacht der Verwicklung in den Terrorismus oder gar eine Verurteilung – gab es nicht. Den Betroffenen wurde keine Begründung geliefert; sie wurden nicht einmal verständigt und konnten sich auch nicht dazu äußern. Wer einmal auf der Liste steht, kommt auch nicht leicht wieder runter: Er hat kein Recht auf ein individuelles Verfahren oder gar gerichtlichen Rechtsschutz, sondern kann sich nur an einen Staat wenden, der die Streichung als sein Anliegen geltend machen kann, aber nicht muss; selbst wenn der Staat das tut, ist der Erfolg keineswegs sicher, denn die Streichung setzt den Konsens aller Staaten voraus; gegen den Willen des Staates, der die Aufnahme beantragt hat, kann daher niemand gestrichen werden. Als Reaktion auf einschlägige Kritik hat der Sicherheitsrat beziehungsweise sein Sanktionsunterausschuss inzwischen zwar einige Personen und Organisationen aus der Liste gestrichen, die durch Irrtümer oder Namensverwechslungen darauf gelangten, und das Gesamtverfahren in einigen Punkten etwas verbessert. Im Grund-

satz hat sich aber nichts geändert: Der massive Eingriff in das Recht auf Eigentum erfolgt nach wie vor ohne Beteiligung der Betroffenen und ohne Rechtsschutz.

Diese „smart sanctions“ widersprechen somit ziemlich allen Regeln, die wir für solche Eingriffe aus dem nationalen Kontext kennen, und bilden ein weiteres Beispiel für die geschilderte Preisgabe rechtsstaatlicher Standards im Rahmen der Terrorismusbekämpfung. Was sie aber besonders macht, ist ihr überstaatlicher Charakter, der die rechtsstaatlichen Probleme noch um vieles verstärkt. Das zeigt sich in den Verfahren, die einige Betroffene, da sie die Vereinten Nationen nicht klagen können, beim Gericht erster Instanz und beim Europäischen Gerichtshof der EU gegen die europäischen Umsetzungsmaßnahmen angestrengt haben. Die Fälle werfen viele schwierige Rechtsprobleme auf und sind (nach vielen Jahren) noch nicht entschieden. Ganz vereinfacht geht es zunächst gar nicht darum, ob die Sanktionen im konkreten Fall gerechtfertigt sind oder nicht, sondern um die vorgelagerte Frage, ob die europäischen Gerichte die EU in diesem Kontext als eigenständige Akteurin oder als bloßen Erfüllungsgehilfin des Sicherheitsrates sehen; und ob sie Vorgaben der UNO als vorrangig einfach hinnehmen müssen oder sie vielmehr auf ihre Vereinbarkeit mit internationalen oder europäischen Grundrechten prüfen und bei Widerspruch unangewendet lassen können, sodass darauf gestützte Durchführungsakte der EU rechtswidrig werden. Unklar ist also, wer für die Maßnahmen letztlich verantwortlich ist und belangt werden kann, welche rechtlichen Maßstäbe dafür gelten und wer ihre Einhaltung kontrolliert.

Aus rechtsstaatlicher Sicht sind das ganz fundamentale Fragen, die klare und inhaltlich zufrieden stellende Antworten verlangen. Im internationalen Bereich können solche Antworten aber keineswegs immer gegeben werden, wie nicht nur die geschilderten UN-Sanktionen zeigen. Die *Verantwortlichkeit* stand vor kurzem im Mittelpunkt einer vieldiskutierten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte über die Unzulässigkeit zweier Beschwerden, die sich gegen verschiedene europäische Staaten richteten, deren Truppen im Kosovo Verhaftungen vorgenommen und Minen angeblich so nachlässig geräumt hatten, dass spielende Kinder ums Leben kamen. Der Gerichtshof rechnete das Verhalten der Truppen nach komplizierten Überlegungen nicht ihren Herkunftsstaaten, sondern über KFOR und UNMIK den Vereinten Nationen zu; diese können aber nach der Europäischen Menschenrechtskonvention (und auch sonst) nicht belangt werden. In ähnlicher Weise wird vor niederländischen Gerichten gestritten, ob die UN oder aber die unter ihrem Mandat handelnden niederländischen Einheiten die Bevölkerung von Srebrenica im Stich ließen. Fraglich ist auch,

ob für Nachteile, die durch Aufnahme in eine (weitere) europäische Liste von Terrorismusverdächtigen entstehen, der vorschlagende Staat oder die listenerstellende EU verantwortlich ist. Unsicherheit über die geltenden *Standards* kennzeichnen viele UN-Aktivitäten. So ist zum Beispiel nicht einmal sicher, dass der Sicherheitsrat bei friedenserhaltenden Maßnahmen an die von der UN selbst erarbeiteten Menschenrechtskataloge oder überhaupt an menschenrechtliche Vorgaben gebunden ist; das Gericht erster Instanz der EU bejahte das nur für „ius cogens“, das aber im menschenrechtlichen Bereich weit weniger umfasst als das von Rechtsstaaten akzeptierbare Minimum. Unklar ist etwa auch, ob die europäische Menschenrechtskonvention in fremden Gebieten gilt, in denen Vertragsstaaten aktiv sind (zum Beispiel im Kosovo oder in Afghanistan), oder wozu die amerikanischen Behörden die Fluggastdaten verwenden können, die sie nach einem entsprechenden Abkommen mit der EU von europäischen Passagieren erhalten. Eine gerichtliche *Kontrolle* fehlt gegenüber der UNO und zum Teil auch im Bereich der „Dritten Säule“ der EU, der besonders grundrechtssensiblen „polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen“; strittig ist, ob und wieweit die mitgliedstaatlichen Gerichte hier einspringen können.

Angesichts dieser Situation empfiehlt sich ein Blick auf traditionelle Grundsätze. In der klassischen zwischenstaatlichen Zusammenarbeit ist jeder Staat für seinen Teil des Zusammenwirkens verantwortlich, unterliegt den eigenen verfassungsrechtlichen, vor allem grundrechtlichen Bindungen und kann dafür zumindest vor eigenen Gerichten geklagt werden. Unter Rechtsstaaten bereitet die Zusammenarbeit daher in der Regel trotz vieler Detailprobleme keine sehr großen Schwierigkeiten prinzipieller Art. Für Ausnahmen im Einzelfall und vor allem für die Zusammenarbeit mit anderen Staaten gibt es eine „Notbremse“: Eine Mitwirkung an fremdem Unrecht ist verboten, wenn sie dem (jeweils eigenen oder vertraglich vereinbarten gemeinsamen) Grundrechtsminimum des „ordre public“ widerspricht; ein Rechtsstaat darf daher zum Beispiel niemanden an einen Folterstaat ausliefern oder dessen Urteil vollstrecken. Ähnlich verhält es sich mit der traditionellen Zusammenarbeit in internationalen Organisationen: Kann ein Mitgliedsstaat rechtsstaatlich zweifelhafte Beschlüsse nicht schon durch seine Gegenstimme verhindern, bleibt ihm üblicherweise doch genügend Spielraum für eine rechtsstaatskonforme Umsetzung im eigenen Recht; im schlimmsten Fall muss die Umsetzung, in Österreich zum Beispiel aufgrund einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung, unterbleiben und der Völkerrechtsverstoß hingenommen werden.

Dieses Modell funktioniert jedoch dann nicht mehr, wenn, wie immer häufiger, bereits auf internationaler Ebene auch gegen den Willen ein-

zelter Staaten so konkrete Beschlüsse gefasst werden, dass den Staaten nur mehr die Vollstreckung bleibt, und wenn ihnen, um die gleichmäßige Durchsetzung des internationalen Beschlusses sicherzustellen, auch kein „ordre public“-Vorbehalt mehr zugestanden wird. Wenn die Macht also in den internationalen Bereich auswandert, hinkt der Rechtsstaat nicht nur begrifflich nach. Das passiert heute freilich nicht zum ersten Mal, denn so ließe sich auch die europäische Integration zusammenfassen.

Die Geschichte der EG zeigt aber auch, wie der Rechtsstaat aufholen kann: Entweder die internationale Organisation nimmt, wie dies die EG getan hat, rechtsstaatliche Züge an, indem sie sich entsprechenden macht-begrenzenden Regelungen und einer eigenen unabhängigen Gerichtsbarkeit unterwirft; oder ihre Mitgliedsstaaten müssen, wie dies verschiedene Verfassungsgerichte der EG-Mitgliedsstaaten angedroht haben, sich die gerichtliche Kontrolle selbst vorbehalten und die Kooperation im Einzelfall verweigern. Blinder Gehorsam wird sich auf Dauer nicht durchsetzen lassen. Wem also eine effektive internationale Zusammenarbeit, auch eine effektiven Friedenssicherung durch die Vereinten Nationen, am Herzen liegt, sollte ihre rechtsstaatliche Zähmung nicht ablehnen, sondern fördern.

3. Bedeutungsverluste durch Privatisierung

Herr Heinrich, auf dem Weg in den Urlaub, saß schon im Flugzeug, musste aber wieder aussteigen, weil er seinen Tennisschläger, eine potenzielle Waffe, mitgenommen hatte. Auf den ersten Blick erscheint das übertrieben, denn man hätte ihm, wenn überhaupt Gefahr drohte, ja auch nur den Tennisschläger abnehmen können. Der für den Flughafen Schwechat zuständige Unabhängige Verwaltungssenat für Niederösterreich jedenfalls hielt eine Beschwerde von Herrn Heinrich gegen „unmittelbare verwaltungsbehördliche Befehls- und Zwangsgewalt“ durch den Hinauswurf für zulässig, wohl weil der Pilot, der ihn angeordnet hatte, zwar ein Privater, aber eben mit Hoheitsgewalt des Bundes „Beliehener“ war, sodass sein Verhalten als „verwaltungsbehördlich“ dem Bund zugerechnet werden konnte. Hätte die Urlaubsreise Herrn Heinrichs dagegen schon beim Sicherheitscheck am Boden geendet, wäre ihm der Rechtsschutz etwas schwerer gefallen. Mit den Sicherheitskontrollen können nach dem Luftsicherheitsgesetz nämlich private Unternehmen vom Bund vertraglich betraut werden. Unklar bleibt dabei allerdings, ob die vertraglich gegenüber dem Bund festzulegenden Pflichten des Sicherheitsunternehmens (zum Beispiel die schonende Durchführung von Kontrollen) auch von Passagieren geltend gemacht werden können, ob

mit der Kontrolle auch die Befugnis auf das Unternehmen übertragen wird, gegebenenfalls den Zutritt zum Flugzeug zu verhindern, und vor allem ob damit auch eine Beleihung verbunden ist. Möglicherweise handelt es sich bei den Kontrollen eben nur um private Aktivitäten, denen sich die Passagiere „freiwillig“ unterwerfen, und die Zutrittsverweigerung bleibt „echten“ Polizisten vorbehalten. Herr Heinrich hätte also zunächst genau aufpassen müssen, wer sich ihm gegenüber äußert und ob der Hinweis, er könne mit dem Tennisschläger da nicht hinein, eine bloße Information eines Privaten über die Rechtslage oder schon ein notfalls mit Gewalt durchsetzbarer Befehl eines Beliehenen oder eines Polizisten war, und er hätte dann noch einige subtile rechtliche Erwägungen anstellen müssen, um zu entscheiden, ob und auf welcher Anspruchsgrundlage er sich an ein Zivilgericht oder an den Unabhängigen Verwaltungssenat wenden könnte. Es ist nicht völlig ausgeschlossen, dass sich Herr Heinrich dabei vertan und die angerufene Stelle sich für unzuständig erklärt hätte. Das wäre aber schade gewesen, weil dann der eigentliche Vorwurf von Herrn Heinrich gar nicht zur Sprache gekommen wäre: dass nämlich jener Teil der Verordnung der EG, der hier vollzogen wurde und möglicherweise die Mitnahme von Tennisschlägern verbietet, „aus Sicherheitsgründen“ geheim gehalten wird, sodass außer den Sicherheitsbehörden niemand weiß, ob man Tennisschläger nun mitnehmen darf oder nicht. Man kann also dankbar sein, dass Herr Heinrich bis ins Flugzeug gelangte, denn so hat nun auf Vorlage des Unabhängigen Verwaltungssenates der Europäische Gerichtshof die Gelegenheit, diesen – an das „Geheimrecht“ totalitärer Staaten erinnernden – Unsinn abzustellen.

Vermutlich reicht dieses eine Beispiel, um zu zeigen, dass sich Lücken der Verantwortlichkeit, des Handlungsmaßstabes und eines effektiven Rechtsschutzes auch als Folge von Privatisierungen ergeben können; Sicherheitsobsession und Machtfucht ins Internationale sind hier natürlich auch beteiligt, bilden jedoch nicht das Hauptproblem. Dieses besteht vielmehr darin, dass für den Bereich hoheitlicher Staatsgewalt mühsam erkämpfte rechtsstaatliche Standards obsolet zu werden drohen, weil die einschlägigen Aktivitäten privaten Akteuren überlassen und/oder in Privatrechtsform überführt werden.

Nun war die sogenannte „Privatwirtschaftsverwaltung“ des Staates immer schon ein rechtsstaatliches Entwicklungsland, und noch heute fördern zum Beispiel Bund, Länder und Gemeinden in vielen Fällen „privatwirtschaftlich“ ohne kompetenzrechtliche Schranke, ohne gesetzliche Regelung, ohne Rechtsansprüche der Förderungsinteressenten und ohne speziellen Rechtsschutzmechanismus; dass die ordentlichen Gerichte die Förderer zumindest an das Gleichheitsgebot gebunden haben, ist zwar ein Fort-

schritt, aber ein im Einzelfall schwer durchsetzbarer. Im Zuge der großen Privatisierungswelle, die in den letzten drei Jahrzehnten fast die ganze Welt überrollt hat, sind aber inzwischen auch immer mehr echte Private in die Besorgung klassisch hoheitlicher Staatsaufgaben einbezogen worden. Wenn etwa zugelassene Unternehmen Produkte anderer Firmen im Hinblick auf ihre Sicherheit zertifizieren, Tierärzte veterinärrechtliche Kontrollen vornehmen, Gutachter Anlagen untersuchen, Rating-Agenturen Bankrisiken bewerten, Bankprüfer Abschlüsse bestätigen und „anerkannte Qualitätsprüfer“ Bankprüfer prüfen, dann ist das für sich zwar ebenso wenig ein Übel wie die Terrorismusbekämpfung oder die internationale Zusammenarbeit. Nur müssen die dabei typischerweise auftretenden Probleme erkannt und rechtlich gelöst werden. Abgesehen von den klassischen Zurechnungs- und Rechtsschutzfragen geht es vor allem um adäquate Handlungsmaßstäbe, um die zwangsläufigen Rollenkonflikte zu entschärfen: Ist die jeweilige Aktivität ein profitträchtiges Geschäft oder ein Dienst an der Öffentlichkeit? Sind die privaten Akteure ihren Kunden oder dem Staat verpflichtet? Handeln sie als Grundrechtsberechtigte, die unter Berufung auf ihre Erwerbsfreiheit alles tun können, was ihnen nicht ausdrücklich verboten ist, oder als Grundrechtsverpflichtete, die wie der Staat selbst alle Betroffenen gleich behandeln müssen? Wenn, wofür einiges spricht, jeweils beides gilt, dann was wo und wem gegenüber?

Dass ein privatrechtliches Regime nicht nur praktische Vorteile bringt, zum Beispiel weil es, anders als ein hoheitliches, im Ausland ebenso anwendbar ist wie im Inland, sondern auch aus rechtsstaatlicher Sicht befriedigend funktionieren kann, zeigt etwa die private Produktzertifizierung. Statt eine behördliche Genehmigung in einem Verwaltungsverfahren zu erwirken, kann sich der Hersteller an jedes von einem EU-Staat geprüfte und für den jeweiligen Bereich zugelassene Zertifizierungsunternehmen (zum Beispiel den TÜV) wenden; das gilt auch etwa für die chinesische Firma, die ihr Produkt in Europa vertreiben will. Der behördlichen Pflicht zur Behandlung des Antrags entspricht ein Kontrahierungszwang des Zertifizierers zu seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, dem Befangenheitsschutz gegen Behörden seine im Zulassungsverfahren nachzuweisende Unabhängigkeit von allen wirtschaftlich einschlägig Interessierten. Der Ablauf des Prüfverfahrens wird statt im AVG und Spezialgesetzen in einem sogenannten „Modulbeschluss“ des EG-Ministerrates geregelt, während sich die materiellen Prüfkriterien statt aus Gesetz und Verordnung in der Regel aus technischen Normen, also von privaten Normungsorganisationen unter Beteiligung von Industrie- und Verbrauchervertretern erarbeiteten Standards, ergeben, die Vorgaben in EG-Richtlinien konkretisieren. Statt behördliche Kontrollen

durch österreichische Hoheitsträger dulden zu müssen (was zum Beispiel in der chinesischen Fabrik schwierig wäre), unterwirft sich der Hersteller vertraglich der Kontrolle durch den Zertifizierer, und statt eines genehmigenden Bescheides erwirbt er im Erfolgsfall eine Bescheinigung des Prüfunternehmens, die ihn zur Anbringung der „CE“-Zeichens am Produkt berechtigt. Wird sie verweigert, ersetzt, jedenfalls wenn eine Anrufung der Aufsichtsbehörde erfolglos bleibt, eine zivilrechtliche Leistungsklage aus dem Vertrag die Berufung gegen den abweisenden Bescheid. Statt Amtsverschwiegenheit und Amtshaftung gelten für den Zertifizierer eine besondere Geheimhaltungs- und eine Versicherungspflicht.

Die Produktzertifizierung ist durch die gegenseitige Anerkennung zwischen EG, USA und Japan und vielen weiteren Ländern zu einem weltweiten, gar nicht schlecht funktionierenden Markt mit Milliardenumsätzen geworden. Rechtsstaatsfreunde wird an dieser Erfolgsgeschichte nur stören, dass sich die einzelnen Elemente dieses „Kompensationsrechts“ nicht einem leicht zugänglichen und allgemein verbindlichen Rechtsakt entnehmen lassen, sondern allenfalls aus einer Vielzahl von nicht unmittelbar verbindlichen EG-Rechtsakten, Erläuterungen dazu, nationalen Verordnungen und vor allem technischen Normen mit zweifelhafter Außenwirkung herbeikonstruiert werden können. Auch das lässt sich als Herausforderung begreifen.

So bestätigt sich auch hier, dass Rechtsstaatlichkeit nicht einmal erreicht, sondern immer wieder neu hergestellt werden muss.

Literatur

Zu I. Gewissheitsverluste durch Terrorismus:

UN Commission on Human Rights, Situation of Detainees at Guantanamo Bay, 2006, Dokument E/CN.4/2006/120, zugänglich unter <http://documents.un.org>.

Council of Europe, Alleged Secret Detentions in Council of Europe Member States (Übersicht über Berichte und andere Aktivitäten), <http://www.coe.int/T/E/Com/Files/Events/2006-cia>.

European Parliament, Alleged use of European countries by the CIA for the transportation and illegal detention of prisoners (Übersicht über Berichte und andere Aktivitäten), <http://www.europarl.europa.eu/oeil/FindBy-Procnum.do?lang=2&procnum=INI/2006/2200>.

Walter BERKA, The Legal Black Hole. Exekutive Freiheitsbeschränkungen

im Ausnahmezustand, in: Österreichische Juristenkommission (Hg.), Selbstbestimmung und Abhängigkeit. Rechtsschutz in „besonderen Gewaltverhältnissen“, Wien-Graz 2006, 69.

Gerhard BEESTERMÖLLER (Hg.), Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielficht?, München 2006.

Bundesverfassungsgericht, Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde von Magnus Gäfgen, zugänglich unter http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20041214_2bvr124904.html.

European Court of Human Rights, Application no. 22978/05, Gäfgen against Germany, Judgement, zugänglich unter <http://www.echr.coe.int/>.

Bundesverfassungsgericht, Urteil zur Nichtigerklärung einer Bestimmung des Luftsicherheitsgesetzes, zugänglich unter http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html.

Otto DEPENHEUER, Selbstbehauptung des Rechtsstaates, Paderborn 2007.

Stefan HUSTER, Karsten RUDOLPH (Hg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, Frankfurt am Main 2008.

Peter SCHAAR, Das Ende der Privatsphäre. Der Weg in die Überwachungsgesellschaft, München 2007.

Heribert PRANTL, Der Terrorist als Gesetzgeber. Wie man mit Angst Politik macht, München 2008.

Michael STOLLEIS, Konzertierter Rufmord. Die Kampagne gegen Horst Dreier, in: Merkur Nr. 711, August 2008.

Peter BUSSJÄGER, Rettungsabschluss, Videoüberwachung und Folterverbot. Paradigmen des Sicherheitsstaates als neue Herausforderung der Staatstheorie, in: ZÖR 62 (2007), 415.

Wolfgang WESSELY, Zu den neuen Terrorismustatbeständen im StGB, in: ÖJZ 2004, 827.

Josef Phillip BISCHOF, Operation Spring, in: AnwBl 2006, 12.

Bernd-Christian FUNK, Videoüberwachung an öffentlichen Orten – verfassungsrechtliche und gesetzliche Grundlagen, in: ÖGZ 4/2005, 6.

Ewald WIEDERIN, Privatsphäre und Überwachungsstaat, Wien 2003.

Petra SUSSNER, Fremden-Recht im „Kampf gegen den Terror“, in: Juridikum 2007, 29.

Kutluhan BOZKURT, Gregor GRUBHOFER, Kredit- und Finanzinstitute, Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, in: ÖBA 2006, 242.

Stefan LAUSEGGER, Arno LIKAR, Die Geldwäschebestimmungen der RAO und das Berufsbild des Rechtsanwalts, in: AnwBl 2004, 132.

Dietrich WESTPHAL, Die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung von Verkehrsdaten, in: Juridikum 2006, 34.

US Supreme Court, Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004); Rasul v. Bush, 542 U.S. 466 (2004); Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006); Boumediene v. Bush, zugänglich unter <http://www.supremecourtus.gov/opinions/opinions.html>.

Zu 2. Bedeutungsverluste durch Internationalisierung:

UN-Sanktionen gegen Al Kaida und Taliban: www.un.org/sc/committees/1267/consolist.shtml.

Diana AL-JUMAILI, Stationen im Kampf gegen die Terrorismusfinanzierung – New York – Brüssel – Berlin, in: NJOZ 2008, 188.

Raimund BOLLENBERGER, Zum Umgang mit „Sanktionslisten“ im Bereich der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, in: ÖBA 2007, 958.

Gericht erster Instanz, Rs. T-306/01, Yusuf/Rat und Kommission; Rs. T-315/01, Kadi/Rat und Kommission; zugänglich unter <http://curia.europa.eu/>.

Europäischer Gerichtshof, Rs. C-402/05 P, Kadi/Rat und Kommission; C-415/05 P, Al Barakaat/Rat und Kommission (jeweils Schlussanträge des Generalanwalts); zugänglich unter <http://curia.europa.eu/>.

Ulrich HALTERN, Gemeinschaftsgrundrechte und Antiterrormaßnahmen der UNO, in: JZ 2007, 537.

Kirsten SCHMALENBACH, Normentheorie vs. Terrorismus: Der Vorrang des UN-Rechts vor EU-Recht, in: JZ 2006, 349.

Erwin MÜLLER, Patricia SCHNEIDER (Hg.), Die Europäische Union im Kampf gegen den Terrorismus. Sicherheit vs. Freiheit?, Baden-Baden 2006.

Council of Europe, Parliamentary Assembly, Committee on Legal Affairs and Human Rights, United Nations Security Council and European Union blacklists. Report; zugänglich unter <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/workingdocs/doc07/edoc11454.htm>.

European Court of Human Rights, Application no. 71412/01, Behrami and Behrami against France, and Application no. 78166/01, Saramati against France, Germany and Norway; zugänglich unter <http://www.echr.coe.int/>.

Gericht erster Instanz, Rs. T-228/02, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Rat; zugänglich unter <http://curia.europa.eu/>.

Europäischer Gerichtshof, Rs. C-354/04 P, Gestoras Pro Amnistía u. a./Rat; C-355/04 P, Segi u. a./Rat; zugänglich unter <http://curia.europa.eu/>.

Stephan KEILER, Hans KRISTOFERITSCH, Passagierdaten auf dem Flug in die USA, in: ZVR 2006, 189.

Franz MERLI, Funktionen des europäischen Grundrechtsschutzes, in: Bernd-Christian FUNK u. a. (Hg.), Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen. Festschrift für Ludwig Adamovich, Wien 2002, 449.

Zu 3. Bedeutungsverluste durch Privatisierung:

Europäischer Gerichtshof, Rs. C-345/06, Heinrich, (Schlussanträge des Generalanwalts); zugänglich unter <http://curia.europa.eu/>.

Gerhard STREJCEK, Sicherheitskontrollen auf Zivilflugplätzen, in: ZVR 2006, 396.

Michael HOLOUBEK, Verfassungsrechtliche Rechtsschutzgebote im Vergaberecht und darüber hinaus, in: Ferdinand KIRCHHOF u. a. (Hg.), Rechtsstaat und Grundrechte. Festschrift für Detlef Merten, Heidelberg 2007, 415.

Konrad LACHMAYER, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung, in: JBl 2007, 750.

Michael HOLOUBEK, Akkreditierung und Zertifizierung, in: Michael HOLOUBEK, Michael POTACS (Hg.), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts, Wien 2007, Band II, 503.

Franz Vranitzky (Hg.)

mit Gertraud Auer Borea

Themen der Zeit II

Passagen Verlag

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der
Wiener Städtische Versicherung AG Vienna Insurance Group.



Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

NE: Franz Vranitzky
Alle Rechte vorbehalten
ISBN 978-3-85165-869-9
© 2009 by Passagen Verlag Ges. m. b. H., Wien
<http://www.passagen.at>
Grafisches Konzept: Ecke Bonk
Redaktion: Gertraud Auer Borea, mit Karin Mendel und Melitta Campostrini
Lektorat: Fanny Esterhazy
Satz: Passagen Verlag Ges. m. b. H., Wien
Druck: Manz Crossmedia GmbH & Co KG, 1051 Wien

Vorwort <i>Franz Vranitzky</i>	13
<i>Demokratie und Staat</i>	17
Der demokratische Glaube <i>Isolde Charim</i>	19
Sprache und Politik: Umgang und Auseinandersetzung mit Vergangenheiten <i>Ruth Wodak</i>	29
Politische Kultur, Rassismus und Fremdenfeindlichkeit <i>Anton Pelinka</i>	44
Zukunft des Staates <i>Margit Schratzenstaller</i>	56
Der Rechtsstaat und Perspektiven dazu <i>Hannes Jarolim</i>	70
Herausforderungen für den Rechtsstaat <i>Franz Merli</i>	84
<i>Europa</i>	99
Warum ist es so schwer „Europäer/Europäerin“ zu sein? Anmerkungen zur komplexen europäischen Identitätsentwicklung <i>Oliver Rathkolb</i>	101