



*Jean - Monnet - Lehrstuhl
für Europäische Integration*

Freie Universität



Berlin

Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Berlin e-Working Papers on European Law

herausgegeben vom
edited by

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht
Chair of Public Law and European Law

Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur
Freie Universität Berlin

Nr. 139

29.03.2022

Christian Calliess:
**Sicherheit und Freiheit im demokratischen
Rechtsstaat des Grundgesetzes
– Staatstheorie und Grundrechte –**

Zitiervorschlag:

VerfasserIn, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. XX, S. XX.



Prof. Dr. Christian Calliess ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der Freien Universität Berlin.

Bei dem nachfolgenden Beitrag handelt es sich um die Langfassung zweier Aufsätze, die erstmals unter dem Titel „Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat, Eine verfassungsrechtliche Gratwanderung mit staatstheoretischem Kompass“, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2002, S. 1-7 sowie unter dem Titel „Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse“, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 2003, S. 1096-1105 erschienen sind.

Abstract

Der Beitrag geht dem Verhältnis von Sicherheit und rechtsstaatlicher Freiheit aus verfassungsrechtlicher Sicht nach, indem er zunächst den staatstheoretischen Hintergrund dieser klassischen Frage vergegenwärtigt. Ziel ist es, die Bedeutung von Sicherheit im Kontext des freiheitlichen Rechtsstaats des Grundgesetzes aufzuzeigen. Die auf dieser Grundlage gewonnene Erkenntnis einer Schnittmenge zwischen Sicherheit und Rechtsstaat – definiert durch die staatliche Gewährleistung von physischer Sicherheit, verfassungsrechtlich konkretisiert durch die grundrechtliche Schutzpflicht – vermag im Rahmen eines Abwägungsmodells Anhaltspunkte für die rechtsstaatlichen Grenzen staatlicher Sicherheitsmaßnahmen zu geben. Demnach gehören Freiheit und Sicherheit im Rechtsstaat zusammen. Aufgrund eines so definierten Doppelauftrages, der sich materiell-rechtlich im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis widerspiegelt, kann das Rechtsstaatsprinzip als rationaler Steuerungsmodus für die „Freiheitsverträglichkeit“ von Sicherheit wirken. Dies kann mittels einer mehrpoligen Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Berücksichtigung der rechtsstaatlichen Schnittmenge zwischen Freiheit und Sicherheit geschehen. Auf dieser Grundlage ist für jede konkrete Sicherheitsherausforderung eine Art „Freiheitsverträglichkeitsprüfung“ durchzuführen, in deren Folge sich pauschale Antworten – wie etwa die gegenwärtig postulierte, aber undifferenzierte Übertragung des (umweltrechtlichen) Vorsorgeprinzips in das Recht der Inneren Sicherheit – verbieten.

A. Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat

I. Einführung

Das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit ist in seiner Grundkonstellation keine Neuigkeit; schon 1792 prägte Wilhelm v. Humboldt insoweit den Satz „Denn ohne Sicherheit ist keine Freiheit“.¹

Sicherheit ist ein vielschichtiger Begriff. Er umfasst – zumindest im Verständnis der modernen Industriegesellschaften – neben der „klassischen“ physischen Sicherheit, die mit ihr eng verbundene ökologische Sicherheit sowie, darüber hinaus weisend, die soziale Sicherheit.² Relative physische Sicherheit und das damit einhergehende Vertrauen in die grundsätzliche Abwesenheit von privater Gewalt haben als zivilisatorische Leistung unserer Gesellschaft (als Ergebnis eines historischen Lernprozesses³) eine solche Selbstverständlichkeit erlangt, dass sogar die Verfassung zu diesem Thema schweigt: Nirgendwo findet sich im Grundgesetz eine Staatszielbestimmung Sicherheit, an keiner Stelle ist das staatliche Gewaltmonopol ausdrücklich verankert.⁴ Vielmehr setzt das Grundgesetz beides als seine Grundlage voraus; es geht von einer insoweit funktionierenden Staatsgewalt letztlich ebenso aus, wie es Staatsgebiet und Staatsvolk voraussetzt.

Im hiesigen Alltag wird freilich schnell vergessen (oder auch verdrängt), wie fragil die gewährleistete Sicherheit ist. Allenfalls als Fernsichtbilder branden Eindrücke aus Kriegs- oder Bürgerkriegsregionen, aus sog. „failed states“, in denen das staatliche Gewaltmonopol erodiert ist bzw. gar nicht mehr existiert, in die heimischen Wohnzimmer, die dem Bürger schauernd bewußt machen, welches Privileg es ist, sich „ohne Angst“ auf die Straße begeben zu können.⁵ Dies gilt um so mehr als gerade der Staat der modernen technologieabhängigen In-

¹ Vgl. *W. v. Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen (1792), Stuttgart 1967, S. 58.

² Vgl. z.B. *K.-P. Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 205; *J. Isensee*, JZ 1999, S. 265 (271 ff.); *ders.*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 3 ff., der hier (auf S. 22) hinsichtlich der Sicherheit allerdings von einem Blankettbegriff, der offen für unterschiedliche Schutzobjekte sei, spricht; zum Teil etwas ausufernd die Beiträge in *Bundesakademie für Sicherheitspolitik* (Hrsg.), Sicherheitspolitik in neuen Dimensionen, Kompendium zum erweiterten Sicherheitsbegriff, Hamburg 2001 sowie *E. v. Hippel*, ZRP 2001, S. 145 ff.

³ Siehe hierzu auch die Überlegungen von *P. Zumbansen*, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat, Lernerfahrungen zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag, 2000, S. 34 ff.

⁴ Hierzu *K.-P. Sommermann* (o. Fußn. 2), S. 113 ff., 199 ff., 326 ff., der überzeugend Staatsziele und Staatszielbestimmungen unterscheidet; *D. Merten*, in: Randelzhofer/Süß, Konsens und Konflikt, 1986, S. 324 (327 ff.).

⁵ Zu diesem Themenkreis historisch *M. Kriele*, Einführung in die Staatslehre, 1975, S. 47 ff. und aktuell *D. Thürer*, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: „The Failed State“, Band 34, 1996, S. 9 ff. sowie *M. Herdegen*, ebenda, S. 49 ff.

dustriegesellschaft, die zugleich Informations- bzw. Kommunikationsgesellschaft ist, durch Gewalt besonders „verwundbar“ ist. Denn Gewalt stellt die vorwiegend sprachlich vermittelte Kommunikation und damit die Grundlagen der Gesellschaft selbst in Frage.⁶ Der terroristische Anschlag auf das World Trade Center offenbarte hieran anknüpfend eine neue, ubiquitäre Dimension der „Verwundbarkeit“⁷, indem er nicht nur – wie bei den Risikotechnologien – das Wissen über das „Ob“ und „Wie“ einer Gefahr unsicher macht⁸, sondern darüber hinaus auch das Wissen über das „Wo“, mithin an welchen Orten eine Gefahr oder ein Risiko droht, als Illusion entlarvt.

Im Namen der Sicherheit werden angesichts vielfältiger Bedrohungslagen vielfältige Eingriffe in die Freiheit der Bürger legitimiert. Freiheitliche Errungenschaften, wie etwa das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, werden ohne große Widerstände – denkt man an die damalige Debatte um die Volkszählung, die vergleichsweise wenig sensible Daten erfassete⁹ – zurückgestellt.¹⁰ Rechtlich ist damit die klassische Frage nach dem Verhältnis von Sicherheit und rechtsstaatlicher Freiheit aufgeworfen.

II. Die Verantwortung des Staates für die Sicherheit seiner Bürger

1. Zur staatstheoretischen Entwicklung des Sicherheitsgedankens

Im Zuge der Ablösung der politischen Ordnung von ihrer geistlich-religiösen Durchformung, ihrer Entwicklung von einer vorgegebenen religiös-politischen Einheitswelt zu einer eigenen, weltlich konzipierten Ordnung politischer Zielsetzung und Legitimation, entstand der moderne Staat mit der Aufgabe, die Sicherheit seiner Bürger zu gewährleisten.¹¹ Den verfassungsgeschichtlichen Hintergrund bilden zum einen die Bürgerkriege in Frankreich und England. Hier galt es, den König so zu stärken, dass er in die Lage versetzt wird, sich gegenüber allen Bürgerkriegsparteien durchzusetzen und den Frieden zu erzwingen.¹²

⁶ Hierzu R.-P. Calliess, in: Bemann u.a., Gewalt als Phänomen in der modernen Gesellschaft, 1988, S. 35 (37 f.).

⁷ Zu diesem Thema K. Hirschmann, in: Bundesakademie für Sicherheitspolitik (o. Fußn. 2), S. 453 ff. (462 ff.); ferner Daase, Die Friedens-Warte 76 (2001), S. 55 ff.; K. Hirschmann/P. Gerhard (Hrsg.), Terrorismus als weltweites Phänomen, 2000.

⁸ Dazu C. Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 1 ff. und 153 ff.

⁹ BVerfGE 65, S. 1 ff.; kritisch zu der damit angestoßenen Entwicklung bereits G. Duttge, NJW 1998, S. 1615 ff.

¹⁰ Vgl. die Sicherheitspakete des Bundesministers des Inneren (www.bmi.bund.de); Bundestagsdrucksache 14/7386; vgl. hierzu Der Spiegel Nr. 41/2001, S. 26; ferner Krönig, in: Aus Politik und Zeitgeschichte B 41-42/2001, S. 3 (5).

¹¹ Dazu E.-W. Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 92 ff.

¹² E.-W. Böckenförde (o. Fußn. 11), S. 100 ff.; M. Kriele (o. Fußn. 5), S. 47 ff.; dazu ferner H. Schulze, Staat und

Die Herstellung von Sicherheit, die Erzwingung des Friedens, hatte aber auch einen ökonomischen Hintergrund, dessen Bedeutung nicht geringgeschätzt werden sollte. Im Zuge des sich abzeichnenden Übergangs von der Agrargesellschaft zur Handelsgesellschaft entstand plötzlich ein ganz neues, da ökonomisch begründetes Bedürfnis nach Sicherheit. Es ging von den sich etablierenden Kaufleuten aus und richtete sich auf den Absatz von Waren und Gütern in größeren Märkten, als die vielfältigen kleinen mittelalterlichen Herrschaften des „Flickenteppichs“ gewährleisten konnten. Zwar stand auch in letzterem die Gewaltausübung nicht jedermann zu, jedoch konnte ihr System von Gewalt-, „oligopolen“ des Adels und Stadtoberkeiten nur vertikal, begrenzt auf den eigenen Herrschaftsbereich für Sicherheit sorgen. Im horizontalen Nebeneinander der einzelnen Herrschaftsträger war Gewaltausübung – im Rahmen des Fehderechts – aber zulässig.¹³ Die weitläufige Sicherheit des Handels, insbesondere der Schutz der Handelswege vor Raubrittern und marodierenden Banden, konnte auf diese Weise freilich nicht bzw. nur sehr begrenzt gewährleistet werden.¹⁴

Vor dem so skizzierten Hintergrund wurde die bis heute gültige Idee von einer souveränen Staatsgewalt geboren, als deren bedeutendster Vertreter Jean Bodin (1530-1596) gelten kann. Um Sicherheit und Ordnung zu garantieren, erkennt er in seinem Werk „De la Republique“ (1577) der Staatsführung „souveräne Gewalt“ zu, mithin das absolute und immerwährende Monopol jeglicher Gewaltanwendung.¹⁵ In staatsrechtlicher Hinsicht blieb allerdings offen, was den Herrscher zur Ausübung der absoluten Macht in Form der „legibus absolutus“ berechtigt.¹⁶

Insoweit gab Thomas Hobbes (1588-1679) unter dem Eindruck des Bürgerkriegs in England¹⁷ in seinen Werken „De cive“ und „Leviathan“ eine Antwort. Seine Staatstheorie ist nicht nur die erste, die ausdrücklich die Legitimation des souveränen Staates anhand von Zwecken entwickelt, sondern auch die erste, die den Entwurf einer bestimmten Herrschaftsordnung auf eine rational-wissenschaftliche, von der Naturwissenschaft entlehnte Methodik stützt.¹⁸ Hobbes gründet seine Staatstheorie auf ein radikales Gedankenexperiment, in welchem er den Menschen in einen gedachten „Naturzustand“ versetzt, in dem es keinerlei (insbesondere

Nation in der europäischen Geschichte, 1994, S. 43 ff., insbesondere S. 64 ff.; P. Schunck, Geschichte Frankreichs, 1994, S. 19 ff.

¹³ D. Willoweit in: Randelhofer/Süß, Konsens und Konflikt, 1986, S. 313 (317 ff.).

¹⁴ Hierauf macht insbesondere N. Elias, Über den Prozeß der Zivilisation, Bd. 2, 1998, S. 312 ff. aufmerksam.

¹⁵ Ausführlich: H. Quaritsch, Staat und Souveränität, Bd. 1, 1970, S. 243 ff.

¹⁶ H. Schulze (o. Fußn. 12), S. 66 f.; M. Kriele (o. Fußn. 5), S. 55 ff., insbesondere S. 59 ff.

¹⁷ Dazu K. Kluxen, Geschichte Englands, 2. Auflage (1986), S. 287 ff.; H. Schulze (o. Fußn. 12), S. 63 f.

¹⁸ W. Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages, 1994, S. 59.

staatliche) Organisationsform und Rechtsordnung gibt. Der Naturzustand ist für Hobbes kein Zustand der friedlichen Kooperation, sondern ein Zustand des Konflikts und des gewaltbereiten offensiven Mißtrauens, eben jener Zustand des vielzitierten Krieges aller gegen alle (*bellum omnium contra omnes*), in dem ein jeder Mensch für den anderen Menschen einen Wolf darstellt (*homo homini lupus*). Da es im Naturzustand keine rechtlichen Grenzen der Handlungsfreiheit gibt und da von Natur aus alle Menschen rechtlich gleich sind, hat jeder ein Recht auf alles.¹⁹ Den Naturzustand empfinden alle Menschen als unerträglich, sie stimmen in der Analyse seines Konflikt- und Gefahrencharakters überein und wollen ihn daher durch einen Zustand des Friedens ersetzen. Der einzig Weg aber, „dem elenden Naturzustand zu entkommen“, liegt in einem Vertrag, der eine staatliche Herrschaftsordnung errichtet: „Die Übereinstimmung ... der Menschen beruht nur auf Vertrag, der künstlich ist. Und deshalb ist es kein Wunder, dass außer dem Vertrag noch etwas erforderlich ist, um ihre Übereinstimmung beständig und dauerhaft zu machen, nämlich eine allgemeine Gewalt, die sie im Zaum halten und ihre Handlungen auf das Gemeinwohl hinlenken soll“.²⁰ Eine Kooperationsordnung allein auf der Basis wechselseitiger vertraglicher Selbstbindung genügt Hobbes zufolge also nicht, um den Naturzustand zu überwinden: „Verträge ohne das bloße Schwert sind bloße Worte und besitzen nicht die Kraft, einem Menschen auch nur die geringste Sicherheit zu bieten. Falls keine Zwangsgewalt errichtet worden oder diese für unsere Sicherheit nicht stark genug ist, wird und darf jedermann sich rechtmäßig zur Sicherung gegen alle anderen Menschen auf seine eigene Kraft und Geschicklichkeit verlassen“.²¹

Vor diesem Hintergrund schließen die Menschen also einen (Staats-) Vertrag (im Sinne eines Denkmodells)²², in dem jeder sein Recht, völlig frei über sich selbst zu bestimmen, unter der alleinigen Bedingung, dass alle anderen das gleiche tun, aufgibt und auf den Staat, den Leviathan, überträgt.²³ Durch die ihm übertragene Autorität und Macht ist er – bzw. der Inhaber der staatlichen Macht, der Souverän – in der Lage, alle Bürger zum Frieden zu zwingen.²⁴ So gesehen hat der Staat bei Hobbes einen eindeutigen Zweck, der in der Überwindung des Naturzustands zugunsten der Herstellung eines Friedenszustands, der dem einzelnen Sicherheit –

¹⁹ *Hobbes*, *De cive*, Kap. 1, 2 ff., insbesondere 10 ff.; *Leviathan*, 1992, Kap. 13, insbesondere S. 95.

²⁰ *Hobbes*, (o. Fußn. 19), Kap. 17, S. 134.

²¹ *Hobbes* (o. Fußn. 19), Kap. 17, S. 131.

²² Umstritten ist dessen Bezeichnung; zum Teil wird von einem Herrschafts- bzw. Unterwerfungsvertrag gesprochen (vgl. etwa *J. Isensee*, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, S. 3 f.; *D. Murswiek*, *Umweltschutz als Staatszweck*, 1995, S. 17), zum Teil von einem „Gesellschaftsvertrag, der die Etablierung von Staatlichkeit, die Konstruktion eines Souveränitätsschemas zum Inhalt hat“ und in dem ein „Herrschaftsbegründungsprogramm (durch Rechtsverzicht, Begünstigung und Autorisierung) eingeschrieben ist, das den gesellschaftsvertraglichen Egalitarismus zur Rechtsgrundlage eines absolutistischen Staates macht“ (*W. Kersting*, (o. Fußn. 18), S. 83).

²³ *Hobbes* (o. Fußn. 19) Kap. 6, 3.

insbesondere für Leib und Leben – bietet, liegt.²⁵ Vor diesem – freilich reduzierten²⁶ – Hintergrund lässt sich der Zusammenschluss der Menschen zum Staat zunächst einmal als Austausch von Unterwerfung gegen Sicherheit durch Schutz verstehen²⁷ und der Staat in seiner modernen Form als souveräne Entscheidungs- und Handlungseinheit, als „institutionelle Überwindung des Bürgerkrieges“²⁸.

2. Die Verbindung des Staatszwecks Sicherheit zum staatlichen Gewaltmonopols

Das historisch im Interesse des Staatszwecks²⁹ Sicherheit gegen die vielfach konkurrierende Gewaltausübung kleinerer Herrschaftsverbände durchgesetzte Gewaltmonopol kann als konstituierende Entstehungsbedingung des modernen Staates gelten.³⁰ Nachdem das Gewaltmonopol im monarchischen Staat zunächst beim absoluten Herrscher konzentriert war, wurde es im Zuge der rechtsstaatlichen Entwicklung im 19. Jahrhundert demokratisch flankiert, so dass sich seine Legitimation nicht mehr auf die Herrschersouveränität, sondern nunmehr auf die Herrschaft des demokratischen Gesetzes gründete.³¹ So betrachtet kann durchaus davon gesprochen werden, dass das Gewaltmonopol auch heute noch ein Schlüsselbegriff der Staatstheorie ist, indem sich von ihm aus der Zugang zum modernen Staat als formalem Schema staatlicher Basisorganisation erschließt.³²

Der Begriff des Gewaltmonopols entstammt an sich der Lehre Max Webers, der den Staat deskriptiv durch sein spezifisches Mittel, das Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit, definiert.³³ Es geht hierbei um das Monopol der physischen Gewaltanwendung, wie es in Po-

²⁴ Ausführlich *W. Kersting* (o. Fußn. 18), S. 81 ff.

²⁵ *D. Murswiek* (o. Fußn. 22), S. 17.

²⁶ Im übrigen ist der Kritik von *G. Haverkate*, *Verfassungslehre – Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*, 1992, S. 32 ff. zuzustimmen, der vor dem „Bürgerkriegssyndrom in der Staatslehre“ warnt: „Es ist seit Thomas Hobbes immer wirksam geblieben: der Staat als der Verhinderer des permanent drohenden Bürgerkriegs; das subjektive Bewußtsein als der potentielle Aufrührer“.

²⁷ Vgl. *C. Gusy*, DÖV 1996, S. 573 (577).

²⁸ *J. Isensee* (o. Fußn. 22), S. 4.

²⁹ Zu den Staatszwecken *G. Ress*, VVDStRL 48 (1990), S. 56 ff.; *H.-C. Link*, VVDStRL 48 (1990), S. 7 ff.; kritisch hierzu *C. Möllers*, *Staat als Argument*, 2000, S. 192 ff.

³⁰ Dazu ausführlich *D. Willoweit* (o. Fußn. 13), S. 313 (insbesondere 317 ff.).

³¹ Hierzu *W. Kersting* (o. Fußn. 18), S. 202 ff.; *H.-C. Link*, VVDStRL 48, S. 7 (28); ausführlich zum ganzen *D. Merten*, *Rechtsstaat und Gewaltmonopol*, 1975, S. 29 ff.; *D. Willoweit* (o. Fußn. 13), S. 313 (321 ff.); ferner *T. Stein*, in: ders., *Die Autorität des Rechts*, 1985, S. 53 (54 ff.); *G. Ress*, ebenda, S. 5 ff. sowie *K. Doehring*, ebenda, S. 77 ff.

³² Vgl. *J. Isensee* in: *Festschrift für Sendler*, 1991, S. 39 (46 f.); *D. Willoweit* (o. Fußn. 13), S. 313 (314 f.); *D. Merten* (o. Fußn. 31), S. 35 ff.; *Willke*, in: *Grimm*, *Staatsaufgaben*, 1992, S. 685 (688 ff.); differenzierend *C. Gusy*, DÖV 1996, S. 573 (575 f.); *G. Haverkate* (o. Fußn. 26), S. 31 f.; kritisch *C. Möllers* (o. Fußn. 29), S. 192 ff.

³³ *M. Weber*, *Politik als Beruf*, 1992, S. 5 ff.; ders., *Wirtschaft und Gesellschaft*, Grundriß der verstehenden Soziologie, 5. Auflage (1972), S. 821 ff.

lizien, Zwangsvollstreckung und Armee organisiert zum Ausdruck kommt.³⁴ Entscheidend ist die Zuständigkeit des Staates, die ihm, und allein ihm, den Einsatz von physischer Gewalt gestattet. Aufgrund dieser Tatsache nimmt die Staatsorganisation eine besondere Qualität an, die sie von privaten Machtorganisationen unterscheidet. Aus dem Gewaltmonopol folgt aber nicht etwa, dass der Staat Gewaltpotential, das er den Privaten entzieht, für seine Zwecke beliebig in Anspruch nehmen könnte, sondern nur, dass, wenn überhaupt Gewaltanwendung legitim ist, diese dem Staat zukommt.³⁵ Hoheitliche Gewalt darf im demokratisch verfaßten Rechtsstaat nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Gesetze, beschränkt durch die grundrechtlichen Gewährleistungen, ausgeübt werden.³⁶ Damit kulminiert im Begriff des Gewaltmonopols aber ein rechtsstaatliches Spannungsverhältnis. Denn das Gewaltmonopol ist gleichzeitig das Mittel, durch das der moderne Staat den ihn legitimierenden Fundamentalauftrag Sicherheit samt der Aufgabe des Schutzes der Bürger umsetzt. Jene Schutzpflicht des Staates stellt die Kompensation für die Akzeptanz des Gewaltmonopols im Interesse der allgemeinen Sicherheit dar. Auf jener Akzeptanz, in der Literatur auch als „Friedenspflicht“ des Bürgers bezeichnet³⁷, beruht wiederum das Gewaltmonopol. Sie erlegt dem Bürger auf, sich der Anwendung und Androhung von körperlicher Gewalt zu enthalten und Konflikte – mit Blick auf das staatliche Gewaltmonopol – nur im Rahmen des Rechts auszutragen. Konflikte werden damit aber nicht etwa unterdrückt, sondern durch staatliche Verfahren, die – quasi kompensatorisch – bestimmte Mitwirkungs-, Partizipations- sowie andere Verfahrensrechte garantieren, kanalisiert.³⁸ So gesehen ist der Anspruch auf polizeiliches Einschreiten oder der Justizgewährleistungsanspruch der rechtsstaatliche Ausgleich für das Verbot von Eigenmacht und Selbstjustiz.³⁹

³⁴ V. Götz in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 1988, § 79, Rn. 29; J. Isensee (o. Fußn. 32), S. 39 (47); C. Gusy, DÖV 1996, S. 573 (576).

³⁵ J. Isensee (o. Fußn. 32), S. 39 (48); H.-C. Link, VVDStRL 48, S. 7 (29); D. Willoweit (o. Fußn. 13), S. 313 (322); K. Doehring, in: Stein (o. Fußn. 31), S. 77 (78 ff.); aus rechtsphilosophischer Sicht dazu der Beitrag von P. Koller, in: Brugger, Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, 1996, S. 361 ff.

³⁶ H.-C. Link, VVDStRL 48, S. 7 (28); J. Isensee in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1987, § 13 Rn. 78.

³⁷ J. Isensee (o. Fußn. 22), S. 23 f.; ders. (o. Fußn. 32), S. 39 (48 ff.); K. Kröger, JuS 1984, S. 172 (173).

³⁸ J. Isensee (o. Fußn. 36), § 13, Rn. 82; D. Merten (o. Fußn. 31), S. 56.

³⁹ Vgl. BVerfGE 54, S. 277 (292); 61, S. 126 (136); J. Isensee (o. Fußn. 36), § 13, Rn. 82; D. Merten (o. Fußn. 31), S. 65 f.; V. Götz (o. Fußn. 34), § 79, Rn. 31.

3. Sicherheit im Verfassungsstaat

Der Staatszweck Sicherheit ist im heutigen Verfassungsstaat als Staatsaufgabe konkretisiert worden.⁴⁰ Gleichwohl bleibt er als staatstheoretischer Hintergrund der Verfassung wirksam.⁴¹ Zu Recht ist allerdings die radikale Alternative von Hobbes, entweder Anarchie im Naturzustand oder absolute Herrschaft durch den Leviathan – tertium non datur –, in der Hobbes nachfolgenden Staatsphilosophie immer wieder kritisiert und überzeugend widerlegt worden.⁴² Beginnend mit der politischen Philosophie John Lockes (1632-1704) wurde deutlich, dass es noch ein Drittes zwischen Naturzustand und Leviathan gibt.⁴³ Zwar geht auch Locke davon aus, dass der Staat für Sicherheit zu sorgen hat, mithin das Leben, die Freiheit und das Eigentum seiner Bürger zu schützen hat, und ihm jene gerade zu diesem Zweck im Wege des Gesellschaftsvertrags die Befugnis übertragen haben, Gesetze zu erlassen und für ihre Einhaltung – insbesondere durch unparteiische Richter – zu sorgen. Jedoch sah Locke auch die Gefahren des Machtmißbrauchs durch den absoluten Souverän, denen seine Staatsphilosophie mittels naturrechtlich begründeter vor- und überstaatlicher Menschenrechte, an denen alle Staatsgewalt ihre Grenze findet, sowie einer Aufteilung der Staatsgewalt auf verschiedene Institutionen samt gegenseitiger Balancierung und Kontrolle begegnen will.⁴⁴ Der Garant der Sicherheit bei Hobbes wird bei Locke zur gleichzeitigen Bedrohung, so dass sich das liberale Bedürfnis nunmehr auch auf Sicherheit vor dem Staat richtet. Vor diesem Hintergrund widerlegt Locke – nicht zuletzt aufgrund eines positiveren Menschenbildes – das „tertium non datur“ von Hobbes, indem bei ihm Differenzierungen und Abwägungen zwischen der Sicherheit durch den Staat und der Sicherheit vor dem Staat entwickelt werden. Entscheidend ist aber, dass die Freiheitsphilosophie Lockes nicht die Sicherheitsphilosophie von Hobbes ersetzt. Vielmehr baut sie auf ihr auf und entwickelt sie weiter, indem sie einen weiteren Legitimationsgrund des Staates, den der Freiheitsgewährleistung, auf den vorgefundenen der Sicherheitsgewährleistung legt. Plastisch formuliert Isensee: „Locke sieht weiter als Hobbes, weil er auf seinen Schultern steht. Die neue Erkenntnis, die er erschließt, besteht darin, dass Sicherheit um einen niedrigeren Preis zu erhalten ist als das Opfer der Freiheit; dass nicht allein der

⁴⁰ *H.-P. Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. (1977), S. 99 ff. und 347 ff.; *ders.*, NVwZ 1989, S. 801 (803 f.); allgemein zum Begriff der Staatsaufgaben *K.-P. Sommermann* (o. Fußn. 2), S. 364 f.; *H. Schulze-Fielitz*, in: Grimm, Wachsende Staatsaufgaben – Sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 11 (15).

⁴¹ Dazu *G. Ress*, VVDStRL 48 (1990), S. 56 (62, 66); *H.-P. Bull* (o. Fußn. 40), S. 43 ff.; *ders.*, NVwZ 1989, S. 801 (802).

⁴² Siehe den Überblick bei *H. H. v. Arnim*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 21 ff.; *J. Isensee* (o. Fußn. 22) S. 4 ff.; *M. Kriele* (o. Fußn. 5), S. 119 ff.; ausführlich *W. Kersting* (o. Fußn. 18), S. 109 ff.

⁴³ *Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, 1977, II § 93, S. 258 und § 228, S. 343.

⁴⁴ *Locke* (o. Fußn. 43) §§ 123-127, ferner §§ 134-136, 138 sowie §§ 143, 144; dazu auch der Überblick von *W.*

absolute, sondern auch der rechtsgebundene und machtbegrenzte Staat den Frieden zu gewährleisten vermag; das bürgerliche Sicherheit und Freiheit zusammenfinden können“.⁴⁵

Mit diesen gewichtigen Einschränkungen vermag die Staatsphilosophie von Hobbes, der in ihr enthaltene Herrschaftsbegründungsvertrag, die ursprünglichste Legitimation des Staates in Form des fundamentalen Sicherheitszwecks, in nachvollziehbarer Weise zu erklären.⁴⁶ Diese Grundgedanken haben, auch wenn sie konkretisiert und zeitgemäß fortentwickelt wurden, bis heute ihre Gültigkeit bewahrt.⁴⁷ Es lässt sich sogar sagen, dass die Gewährleistung von Sicherheit im modernen, vielfach verzahnten und in wirtschaftlicher sowie gesellschaftlicher Hinsicht arbeitsteilig organisierten Staat der Kommunikationsgesellschaft eine sogar weitergehende Bedeutung als früher hat, da Störungen an einer Stelle – stärker als dies früher der Fall war – dann gleich das ganze System beeinträchtigen.⁴⁸

Bestätigt werden diese Überlegungen durch das Bundesverfassungsgericht, das in seiner Brokdorf-Entscheidung mit Blick auf die Demonstrationsfreiheit ausführte: Auf die Vermeidung von Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen „muss eine Rechtsordnung, die nach Überwindung des mittelalterlichen Faustrechts die Ausübung von Gewalt nicht zuletzt im Interesse schwächerer Minderheiten beim Staat monopolisiert hat, strikt bestehen. Das ist Vorbedingung für die Gewährleistung der Versammlungsfreiheit als Mittel zur aktiven Teilnahme am politischen Prozeß und – wie die Erfahrungen mit den Straßenkämpfen während der Weimarer Republik gezeigt haben – für eine freiheitliche Demokratie auch deshalb unverzichtbar, weil die Abwehr von Gewalttätigkeiten freiheitsbegrenzende Maßnahmen auslöst“.⁴⁹ In Übereinstimmung mit Elias⁵⁰ wird daher zu Recht konstatiert, dass das Gewaltmonopol „Innenpolitik als Kommunikation in einem gewaltfreien Raum“ ermöglichen soll, indem es disziplinierend auf die Formen – nicht jedoch auf den Inhalt – der gesellschaftlichen Kommunikation einwirkt⁵¹. „Mittelbar bereitet das Gewaltmonopol dadurch der Staatsform des Worts, dem Verfassungsstaat, den Weg, der auf das Wort der Verfassung und der Gesetze gegründet ist“.⁵²

Kersting (o. Fußn. 18), S. 109 ff.

⁴⁵ *J. Isensee* (o. Fußn. 22), S. 5 ff. (7).

⁴⁶ *H.-C. Link*, VVDStRL 47, S. 7 (27); *J. Isensee* (o. Fußn. 22), S. 3 ff.; *Robbers* (o. Fußn. 2), S. 27 ff.; kritisch *C. Möllers* (o. Fußn. 29), S. 192 ff.

⁴⁷ Ausführlich dazu der Beitrag von *P. Koller* (o. Fußn. 35), S. 361 ff.

⁴⁸ *H. H. v. Arnim* (o. Fußn. 42), S. 22; ferner *R.-P. Calliess* (o. Fußn. 6), S. 35 ff.

⁴⁹ BVerfGE 69, S. 315 (360).

⁵⁰ *N. Elias* (o. Fußn. 14), S. 312 ff.

⁵¹ *U. Matz*, in: Randelzhofer/Süß, Konsens und Konflikt, 1986, S. 336 (342).

⁵² *J. Isensee* (o. Fußn. 36), § 13, Rn. 86.

In ähnlicher Weise wird auch die heutige, vor dem Hintergrund der sog. Globalisierung längst grenzüberschreitende Bedeutung des Staatszwecks Sicherheit durch das europäische Gemeinschaftsrecht hervorgehoben. Der EuGH hielt in seinem Urteil (zur staatlich geduldeten) Plünderung ausländischer Lastwagen durch protestierende französische Bauern den Mitgliedstaat Frankreich aus Art. 28 i.V.m. Art. 10 EGV als Garanten für verpflichtet, geeignete und ausreichende Maßnahmen zu ergreifen, um den freien innergemeinschaftlichen Handelsverkehr mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen in seinem Gebiet dadurch zu gewährleisten, dass er die Urheber der fraglichen Zuwiderhandlungen wirksam an deren Begehung und Wiederholung hindert und sie davon abschreckt. Der Gerichtshof fährt fort: „Diese Feststellung ist besonders deswegen geboten, weil die ... Sachbeschädigungen und Drohungen nicht nur die Ein- oder Durchfuhr der von den Gewalttaten unmittelbar betroffenen Erzeugnisse in Frankreich gefährden, sondern auch eine Atmosphäre der Unsicherheit schaffen können, die sich auf die gesamten Handelsströme nachteilig auswirkt“.⁵³

III. Das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes als Steuerungsmodus für die Gewährleistung staatlicher Sicherheit

1. Der Doppelauftrag des Rechtsstaatsprinzips

Ausdrückliche Erwähnung findet der Rechtsstaat lediglich in Art. 28 Abs. 1 S.1 GG. Jedoch enthält diese Norm keine inhaltliche Aussage über das Rechtsstaatsprinzip, der entwicklungs-offene Begriff des Rechtsstaats⁵⁴ wird inhaltlich also vom Grundgesetz vorausgesetzt⁵⁵. Rechtsstaatlichkeit bedeutet ganz allgemein, dass die Ausübung staatlicher Macht nur auf der Grundlage der Verfassung und von formell und materiell verfassungsmäßigen Gesetzen mit dem Ziel der Gewährleistung von Menschenwürde, Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zulässig ist⁵⁶. In Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht⁵⁷ sieht das ganz überwiegende Schrifttum im Rechtsstaatsprinzip einen „Verfassungsgrundsatz“⁵⁸, der zwar konkretisierungs- und ausfüllungsbedürftig ist, aus dem sich aber vielfältige formelle und

⁵³ EuGH, Rs. C-265/93, EuGRZ 1997, S. 620 ff., Rn. 32 ff. und 52 f.; hierzu *P. Szczekalla*, DVBl. 1998, S. 219 ff.

⁵⁴ Dazu *C. Calliess* (o. Fußn. 8), S. 38 ff., insbes. 53 ff.

⁵⁵ Ganz h.M., ausführlich dazu *P. Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 68 ff. m.w.N.

⁵⁶ *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. (1984), S. 781.

⁵⁷ Vgl. nur BVerfGE 7, S. 89 (92); 52, S. 131 (144 f.).

⁵⁸ *K. Stern* (o. Fußn. 56), S. 776 ff., 787 ff.; kritisch im Ergebnis *P. Kunig* (o. Fußn. 55), S. 458 und 463, der das Rechtsstaatsprinzip angesichts seiner verfassungsrechtlichen Einzelausprägungen als rechtlich unselbständige Problemkennzeichnung versteht.

materielle Einzelgehalte ableiten lassen⁵⁹. Das prägende Ziel des Rechtsstaats stellt dabei die Gewährleistung der Grundrechte dar⁶⁰, und zwar nicht nur in ihrer Funktion als gegen den Staat gerichteter Abwehrrechte, sondern gerade auch in ihrem Verständnis als objektive Wertentscheidungen der Verfassung.⁶¹

Nach heute herrschender Auffassung gründet der Rechtsstaat in materieller Hinsicht, ausgehend von der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), auf der Anerkennung der Grundrechte, die den Staatsaufgaben der Gewährleistung von Sicherheit, Freiheit und sozialem Ausgleich Gehalt sowie Richtung vermitteln. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG knüpft hieran die elementaren rechtsstaatlichen Pflichten der Achtungs- und Schutzpflicht. Rechtsstaatlichkeit umfaßt also auch die Pflicht des Staates, Sicherheit durch Schutz des inneren und äußeren Friedens zu gewährleisten: „Der rechtsstaatliche Freiheitsbegriff des Grundgesetzes erschöpft sich folglich nicht in der Ausgrenzung eines Raums eigenen Beliebens, sondern meint rechtlich geordnete Freiheit. Erst bei Anerkennung dieser zweiten Schicht formen sich die Grundrechte zu Bausteinen, die die gesamte Rechtsordnung durchziehen und alle Rechtsverhältnisse zu beeinflussen vermögen. ... Auf die Basis des Art. 1 Abs. 1 GG zurückgeführt, zeigt sich der Doppelauftrag des Rechtsstaats ... in seiner einheitlichen Form: Disziplinierung und Aktivierung staatlichen Handelns. Beides gehört, wie die geschichtliche Entwicklung zeigt, zusammen und ist die Grundlage jener Friedenspflicht, die der Rechtsstaat seinen Bürgern auferlegt“⁶². Somit erschöpft sich der Rechtsstaat nicht in der Staatsabwehr, sondern beinhaltet einen Doppelauftrag, der Begrenzung und Gewährleistung staatlichen Handelns gleichermaßen umfaßt, um auf diese Weise die genannten Ziele sowohl gegenüber der Staatsgewalt als auch im Verhältnis der Individuen untereinander zu gewährleisten⁶³. Dieser Doppelauftrag wird von Bettermann in seiner – bisweilen polemischen – Warnung vor dem „totalen Rechtsstaat“ treffend als

⁵⁹ Siehe dazu auch den Überblick von *W. Heintschell von Heinegg*, in: Hofmann/Marko/Merli/Wiederin, Rechtsstaatlichkeit in Europa, 1996, S. 107 (111 ff.); umfassend *P. Kunig* (o. Fußn. 55), S. 117 ff.; *K. Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 471 ff.

⁶⁰ Dazu ausführlich *K.-P. Sommermann* (o. Fußn. 2), S. 205 ff. m.w.N.

⁶¹ BVerfGE 20, S. 150 (154 f.): Abwehrrechte; E 33, S. 303 (330 f.): Leistungsrechte; E 7, S. 198 (204 ff.) und E 69, S. 315 (345 f., 355 ff.): Teilnahmerechte; E 53, S. 30 (65 ff.) und E 57, S. 250 (275): Organisations- und Verfahrensrechte; E 20, S. 162 (174 ff.): Institutsgarantie; E 39, S. 1 (41 f.) und E 49, S. 89 (141): Schutzpflichten; siehe dazu auch den Überblick von *Jarass*, AöR (1985), S. 363 ff.; ausführlich *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 752 ff.

⁶² *E. Schmidt-Aßmann* in Isensee/Kirchhof: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1987, § 24, Rn. 31 f.; in diesem Sinne auch *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (1999) Rn. 191; *K. Stern* (o. Fußn. 56), S. 789 f.; v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Das Bonner Grundgesetz, 3. Aufl. (1985), Art. 1 Abs. 3, Rn. 195; *K. A. Bettermann*, Der totale Rechtsstaat – Zwei kritische Vorträge, 1986, S. 7; *J. Isensee* (o. Fußn. 32), S. 39 (47 f.); *D. Merten* (o. Fußn. 31), S. 29 ff.; *P. Kunig* (o. Fußn. 55), S. 278 ff.

⁶³ *E. Schmidt-Aßmann* (o. Fußn. 62), § 24, Rn. 1.

„Janus-Kopf“ des Rechtsstaats beschrieben.⁶⁴

2. Die Schnittmenge zwischen der Staatsaufgabe Sicherheit und dem freiheitlichem Rechtsstaat

Wenn das Rechtsstaatsprinzip demnach also einen Doppelauftrag umfasst, der nicht allein eindimensional auf die reine Begrenzung staatlichen Handelns gerichtet ist, sondern vielmehr gleichzeitig staatliches Handeln zum Schutz der Bürger (insbesondere im Verhältnis zueinander) erfordern kann⁶⁵, dann begründet es für den Staat eine Art „Zwickmühle der Freiheit“, die durch eine Handlungspflicht (rechtsstaatlicher Schutz) einerseits und Handlungsgrenzen (rechtsstaatliche Freiheit) andererseits definiert ist.

Stellt man sich „Sicherheit“ einerseits und „Rechtsstaat/Freiheit“ andererseits als zwei sich teilweise überschneidende Kreise vor, so ergibt sich demnach folgendes Bild: Die Staatsaufgabe Sicherheit steht einerseits in einem Spannungsverhältnis zum Rechtsstaatsprinzip, insbesondere zu dessen in den Grundrechten (in ihrer klassischen Abwehrdimension) verkörpertem materiellen Gehalt. Andererseits besteht mit Blick auf die Sicherheits- und Schutzdimension des Rechtsstaats eine gemeinsame Schnittmenge, in der Sicherheit und freiheitlicher Rechtsstaat deckungsgleich sind. So gesehen korrespondiert also die Staatsaufgabe Sicherheit in der gemeinsamen Schnittmenge der Schutzfunktion des Rechtsstaats, kollidiert aber gleichzeitig (außerhalb der Schnittmenge) mit der liberalen Abwehrfunktion des Rechtsstaats. Dies ist eine Folge der herausgearbeiteten sog. „Janusköpfigkeit“ des Rechtsstaats.⁶⁶ Die Staatsaufgabe Sicherheit bringt in der Schnittmenge die im Rechtsstaat seit jeher enthaltene Schutzfunktion – wie sie subjektivrechtlich gerade auch in den grundrechtlichen Schutzpflichten zum Ausdruck kommt – in Erinnerung. Diese Schutzfunktion legitimiert ein entsprechendes staatliches Handeln in besonderer Weise. Denn im Rahmen der durch die Schutzfunktion be-

⁶⁴ K. A. Bettermann (o. Fußn. 62), S. 5 ff.; ähnlich D. Merten (o. Fußn. 31), S. 29 ff.; siehe dazu auch P. Kunig (o. Fußn. 55), S. 278 ff., der – allgemeiner – als Charakteristikum der „Janusköpfigkeit“ des Rechtsstaatsprinzips ansieht, dass einem subjektiven, den einzelnen Bürger schützenden Aspekt ein eher objektiv gesehener, die staatlichen Interessen in den Vordergrund rückender Aspekt gegenübertritt; vgl. ferner K. Stern (o. Fußn. 56), S. 789 f.; v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fußn. 62), Art. 1 Abs. 3, Rn. 195; J. Isensee (o. Fußn. 32), S. 39 (47 f.); K. Kröger, JuS 1984, S. 172 (176).

⁶⁵ Vgl. dazu E. Schmidt-Aßmann (o. Fußn. 62), § 24, Rn. 31 f.; in diesem Sinne auch K. Hesse (o. Fußn. 62), Rn. 191; K. Stern (o. Fußn. 56) S. 789 f.; v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fußn. 62), Art. 1 Abs. 3, Rn. 195; K. A. Bettermann (o. Fußn. 62), S. 7; J. Isensee (o. Fußn. 32), S. 39 (47 f.); D. Merten (o. Fußn. 31), S. 29 ff.; P. Kunig (o. Fußn. 55), S. 278 ff.

⁶⁶ Mit diesem Begriff die Schutzfunktion des Rechtsstaats betonend K. A. Bettermann (o. Fußn. 62), S. 5 ff.; P. Kunig (o. Fußn. 55), S. 278 ff.; ähnlich D. Merten (o. Fußn. 31), S. 29 ff.; E. Schmidt-Aßmann (o. Fußn. 62), § 24, Rn. 1 und 31 f.; J. Isensee (o. Fußn. 22), S. 21; D. Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 1994, S. 211 ff.

schriebenen gemeinsamen Schnittmenge steht die Staatsaufgabe Sicherheit folglich in keinem Spannungsverhältnis zum Rechtsstaat. Erst mit Blick auf die klassische liberale Abwehrfunktion des Rechtsstaats wird jenes Spannungsverhältnis aktiviert. Dieses Spannungsverhältnis kristallisiert sich insbesondere im grundrechtlichen Bereich heraus.⁶⁷

IV. Ein Kompass auf der verfassungsrechtlichen Gratwanderung

Die Staatsaufgabe Sicherheit wird im materiellen Rechtsstaat durch die grundrechtlichen Schutzpflichten in begrenztem Umfang subjektiviert. Dies ist einerseits die materiell-rechtsstaatliche Konsequenz der vorstehend dargestellten (vertragstheoretischen) Begründung des Staatszwecks Sicherheit, der einen untrennbaren Zusammenhang zwischen dem staatlichen Gewaltmonopol samt Friedenspflicht der Bürger und der Gewähr staatlichen Schutzes herstellt.⁶⁸ Im materiellen Rechtsstaat, in dem das Staat-Bürger-Verhältnis verfassungsrechtlich weitgehend durch die Grundrechte gesteuert wird, kommt diese Konsequenz andererseits im bereits erwähnten Art. 1 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 3 GG zum Ausdruck. Über den Menschenwürdegehalt aller Grundrechte wird die Achtungs- und Schutzpflicht des Staates in alle anderen Grundrechte transportiert.⁶⁹ In Gestalt von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG wird auf diese Weise auch der staatliche Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, mithin die physische Sicherheit subjektiviert. Im Rahmen des Untermaßverbots und unter Berücksichtigung der Vorgaben des mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnisses, das gegenläufige Belange für die erforderliche Abwägung strukturiert⁷⁰, hat der Bürger also einen grundrechtlich begründeten Anspruch auf Sicherheit, den er auch gerichtlich durchsetzen kann⁷¹. Dieser Anspruch korrespondiert in der erwähnten Schnittmenge der Schutzfunktion des Rechtsstaats. Es ist also dieser Anspruch, der die Schnittmenge zwischen der Staatsaufgabe Sicherheit und dem Rechtsstaatsprinzip ausfüllt und konturiert. Hier, im Bereich der physischen Sicherheit, die für die Entfaltung der Menschenwürde unabdingbar und daher in besonderer Weise zu schützen ist, hat der Staat unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten die weitreichendsten Eingriffsbefugnisse in die – rechtsstaatlich ja ebenfalls geschützte – grundrechtliche Freiheit Dritter, die ihre Abwehrrechte gegen die staatliche Schutzmaßnahme ins Feld führen. Sein für die Schutzdimension der Grundrechte typisches Handlungsermessen reduziert sich und kann sich,

⁶⁷ Andere Ansicht *K. Sobota* (o. Fußn. 59), S. 478, 481, 485 f., die die Grundrechte als separates Normensystem einstuft und daher ihre nochmalige Einordnung unter das Rechtsstaatsprinzip als „redundant“ bezeichnet.

⁶⁸ Kritisch *C. Möllers* (o. Fußn. 29), S. 207 ff.

⁶⁹ Ausführlich *C. Calliess* (o. Fußn. 8), S. 312 ff, 437 ff.

⁷⁰ *C. Calliess* (o. Fußn. 8), S. 256 ff., insbesondere 566 ff.

⁷¹ *C. Calliess* (o. Fußn. 8), S. 321 ff., 443 ff.

wenn der Kern der Menschenwürde betroffen ist, sogar auf Null schrumpfen. Im Polizeirecht wird dies z.B. am Anspruch auf polizeiliches Einschreiten, wenn das Leben eines Menschen in Gefahr ist, besonders deutlich.⁷²

Die so skizzierte Schnittmenge ist für das dogmatische Verständnis des Verhältnisses zwischen Sicherheit und freiheitlichem Rechtsstaat von großer Bedeutung. Denn ausgehend von dieser Schnittmenge lässt sich – wenngleich auf einer noch abstrakten Ebene – die aufgrund des aufgezeigten Spannungsverhältnisses verfassungsrechtlich notwendig werdende Abwägung⁷³ zwischen Sicherheit und Freiheit steuern. Dies geschieht dergestalt, dass die Schnittmenge einen materiellen Anhaltspunkt dafür liefert, ob den staatlichen Organen im konkreten Falle ein Abwägungsspielraum zusteht, wie weit er reicht und unter Umständen sogar wie er auszufüllen ist. Ein Abwägungsspielraum entsteht Alexy⁷⁴ zufolge dann, wenn ein Abwägungspatt vorliegt, mithin ein Kollisionsfall sich nicht schon aufgrund der Vorgaben der Verfassung selbst lösen lässt. Dieser Abwägungsspielraum umfaßt auch die Wahl zwischen verschiedenen im Patt stehenden Niveaus von Eingriff und Schutz. Um festzustellen, ob ein Abwägungspatt mit der Folge eines Abwägungsspielraums besteht oder nicht, sind Skalierungen erforderlich. Dabei erfordert die Natur des Verfassungsrechts, wie Alexy ausführt, grobe Skalierungen, also z.B. „leicht, mittel, schwer“.⁷⁵ Und genau bei der insoweit notwendigen Subsumtion unter die Skalierung, mithin bei der Bestimmung, ob z.B. ein Eingriff in die (rechtsstaatlich über die abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte verbürgte) Freiheit von Bürgern leicht, mittel oder schwer wiegt, kann die herausgearbeitete Schnittmenge – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – wichtige Dienste leisten.

Die Schnittmenge wird in diesem Kontext zum Maßstab für die Freiheitsverträglichkeit von Sicherheit. So gesehen findet die eingangs zitierte politische Vorgabe „Ohne Sicherheit keine Freiheit“ in der Schnittmenge zunächst ihre Bestätigung. Es wird aber gleichzeitig deutlich, dass diese Vorgabe nur für einen bestimmten Bereich Geltung beanspruchen kann, nämlich den mit der Schnittmenge bezeichneten Bereich der physischen Sicherheit, der wiederum durch die grundrechtliche Schutzdimension des Art. 2 Abs. 2 GG näher bestimmt wird. Hier

⁷² Zu den Schutzansprüchen des Gefährdeten (Recht auf pflichtmäßige Ausübung des Ermessens und Einschreiten) V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. (2001), Rn. 357 ff. m.w.N.

⁷³ Zur Dogmatik der Abwägung C. Calliess (o. Fußn. 8), S. 566 ff. m.w.N.

⁷⁴ R. Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, Vortrag auf der Jahrestagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer in Würzburg am 4.10.2001, zitiert nach Thesenpapier, hier Leitsatz 11.

⁷⁵ Die nunmehr folgenden Ausführungen lösen sich von Alexys Vortrag; sie nutzen völlig frei, mithin herausgetrennt aus dem im Vortrag von Alexy verfolgten Kontext, den Gedanken des Abwägungsspielraums.

wiegt der Schutz (z.B. des Lebens von Menschen) schwer und der vorzunehmende Eingriff in die über die grundrechtliche Abwehrdimension verbürgte Freiheit (z.B. in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung) in der Folge des vorgestellten Modells, und damit in Relation zum Schutz, leicht. Auf diese Weise ist festgestellt, dass kein Abwägungspatt besteht. Folglich besteht mangels Abwägungspatt auch kein Abwägungsspielraum. Außerhalb der Schnittmenge nähert sich die Abwägung aber zunehmend einer Pattsituation an. In der Folge entstehen immer größere Abwägungsspielräume der staatlichen Organe, die in prozeduraler und materieller Hinsicht immer höhere Rechtfertigungsanforderungen für einen Grundrechtseingriff auslösen. In der Folge müssen sich alle Aspekte von Sicherheit außerhalb der Schnittmenge in besonderer Weise rechtfertigen lassen. Dabei gilt – auf einer gleitend gedachten Skala, die sich horizontal durch die beiden Kreise „Sicherheit“ und „Rechtsstaat/Freiheit“ samt Schnittmenge zieht – die Regel: Je größer die Nähe des jeweiligen Sicherheitsaspekts zur Schnittmenge ist, desto eher lässt er sich unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten rechtfertigen. Denn je geringer sein Abstand im Kreis „Sicherheit“ zur Schnittmenge ist, desto geringer ist auch sein Abstand zur Schnittmenge im Kreis „Rechtsstaat/Freiheit“. Wenn sich also ein Sicherheitsaspekt von der Schnittmenge entfernt, dann bedeutet dies aufgrund des in der Schnittmenge zum Ausdruck gekommenen Zusammenhangs auch, dass sich parallel hierzu –freilich in entgegengesetzter Richtung –der Abstand des rechtsstaatlichen Aspekts zur Schnittmenge vergrößert. Je größer also auf der gleitenden Skala der Abstand von Sicherheit einerseits und Freiheit andererseits (von der Schnittmenge des Modells) ist, desto größer ist der rechtsstaatliche Rechtfertigungsbedarf des im Interesse der Sicherheit erfolgenden staatlichen Eingriffs im Kontext der erforderlichen Abwägung. Mit anderen Worten: Je größer der Abstand ist, desto schwerer wiegt der Eingriff in die rechtsstaatlich durch die Grundrechte in ihrer abwehrrechtlichen Dimension verbürgte Freiheit. In der erwähnten Abwägung, die dogmatisch durch eine Übermaß- und Untermaßverbot zusammenführende, mehrpolige Verhältnismäßigkeitsprüfung konturiert wird⁷⁶, erhöht sich damit die Rechtfertigungslast hinsichtlich des verfolgten Sicherheitsaspekts.

Zu konkretisieren bleibt freilich noch die Frage, wann sich die Verwirklichung der Staatsaufgabe Sicherheit von der Schnittmenge entfernt, welche Kriterien hier angelegt werden können. Insoweit lassen sich zwei Faustregeln formulieren. Zum einen gilt: Je geringer der Bezug der staatlichen Maßnahme zur physischen Sicherheit des Bürgers (mithin der Schnittmenge) ist, desto höher sind die Anforderungen an ihre Rechtfertigung unter freiheitlichen Gesichts-

⁷⁶ Dem kann an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden; siehe dazu aber ausführlich *C. Calliess* (o.

punkten. So wird sich z.B. bei der ökologischen Sicherheit, die den Schutz der Gesundheit und körperlichen Unversehrtheit im Kontext der Umweltverschmutzung umfaßt, oftmals eine relative Nähe zur physischen Sicherheit feststellen lassen.⁷⁷ Entfernter liegen Aspekte der sozialen bzw. ökonomischen Sicherheit, deren Bedeutung zwar nicht geringgeschätzt werden soll, die aber Schutzaspekte umfassen, die entweder – etwa wenn es um Extremfälle geht (Schutz des Existenzminimums; Schutz des persönlichen Eigentums) – schon von der physischen Sicherheit umfaßt sind, oder aber bei genauer Betrachtung einen so starken Gleichheits- und Freiheitsbezug haben, dass ihr Sicherheitsaspekt sehr gering ist. Im letzteren Falle kann die Schnittmenge dann keine Steuerungskraft mehr entfalten. Zum anderen ist zu prüfen, ob die staatliche Maßnahme unmittelbar oder „nur“ mittelbar dem Schutz der physischen Sicherheit des Bürgers dient. Hier gilt also die Faustregel: Je mittelbarer der Bezug der staatlichen Maßnahme zur physischen Sicherheit der Bürger ist, desto höher sind die Anforderungen an ihre Rechtfertigung. So dienen z.B. die biometrischen Merkmale, die künftig in den Personalausweis integriert sein sollen, bestenfalls mittelbar, dem Schutz der physischen Sicherheit der Bürger, so dass der Eingriff in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung in dieser Konstellation sehr schwer wiegt. Dies hat zur Folge, dass sich der Gesetzgeber (aufgrund seines im Sinne des Modells relativ weiten Abwägungsspielraums) hohen Rechtfertigungsanforderungen ausgesetzt sieht. Anders läge es aber z.B. im Falle einer Videoüberwachung, die einen gefährträchtigen Ort (z.B. Unterführung, Parkgarage) betrifft, an dem es leicht zu Gewalttaten kommen kann. Im Ergebnis ist also diejenige Schutzmaßnahme unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten am leichtesten zu rechtfertigen, die unmittelbar der physischen Sicherheit (Schnittmenge) dient.

Vor diesem Hintergrund kann festgehalten werden, dass zwischen Sicherheit und rechtsstaatlich verbürgter Freiheit ein Zusammenhang besteht, der als staatstheoretischer Kompaß bei der verfassungsrechtlichen Gratwanderung helfen kann. Die politische Formel „Ohne Sicherheit keine Freiheit“ sieht sich in ihrem Kern zwar bestätigt, führt aber ohne die herausgearbeitete Differenzierung in die rechtsstaatliche Irre. Die Realisierung der gemeinsamen Schnittmenge zwischen Sicherheit und Rechtsstaat, definiert durch die staatliche Gewährleistung von physischer Sicherheit, verfassungsrechtlich konkretisiert und subjektiviert durch die grundrechtliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG (i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) hilft als richtungsweisender Kompaß dabei, den schmalen Weg auf der Gratwanderung nicht zu verfehlen. Die herausgearbeitete Schnittmenge kann dogmatisch eine Maßstabswirkung dergestalt entfalten,

Fußn. 8), S. 569 ff.

dass der verfassungsrechtlich geforderten Abwägung mittels jener aus der Schnittmenge fließenden Vorgaben der Weg gewiesen wird. In einer Situation, in der von Terror und Gewalt erzeugte Angst die Bereitschaft erhöht, Freiheitsrechte gegen – eine tatsächlich ja nicht umfassend zu gewährleisten – Sicherheit einzutauschen, ist verstärkt die (verfassungs-) rechtliche Rationalisierungsfunktion gefordert. Nur mit ihrer Hilfe können jene, im Interesse einer vermeintlichen Sicherheit ergriffenen staatlichen Maßnahmen herausgefiltert werden, die effektiv nicht dem physischen Schutz der Bürger dienen, sondern bestenfalls eine rechtsstaatlich teuer erkaufte Beschwichtigungsfunktion übernehmen.

B. Vom liberalen Nachwächterstaat zum Vorsorgestaat?

I. Einführung

Obwohl die Staatsaufgabe Sicherheit – wie vorstehend gezeigt wurde – auf eine lange staatsrechtliche Tradition zurückgeht und die Gewährleistung von Sicherheit für die Bürger im Verbund „Staatliches Gewaltmonopol – Friedenpflicht der Bürger – Schutzpflicht des Staates“ den geradezu klassischen Legitimationsgrund für staatliche Herrschaft darstellt⁷⁸, ist der Inhalt des Begriffs Sicherheit in Reaktion auf gesellschaftliche Entwicklungen und Befindlichkeiten⁷⁹ einem ständigen Wandel unterworfen.⁸⁰ Er umfasst – zumindest im Verständnis der modernen Industrie- und Kommunikationsgesellschaften – neben der „klassischen“ physischen Sicherheit, die mit ihr eng verbundene ökologische Sicherheit sowie, darüber hinausweisend, die soziale Sicherheit.⁸¹

Der mit einem spöttischen Unterton so bezeichnete „liberale Nachwächterstaat“ reduzierte die Staatsaufgabe Sicherheit weitgehend auf die Gewährleistung der physischen Sicherheit seiner Bürger. Jene physische Sicherheit, die über eine funktionierende Polizei und Strafrechtspflege bewirkt wird, ist in intakten Staaten und im Frieden lebenden Gesellschaften in aller Regel eine Selbstverständlichkeit: Nirgendwo findet sich daher im Grundgesetz eine

⁷⁷ Dazu C. Calliess (o. Fußn. 8), S. 96 ff.

⁷⁸ Hierzu D. Willoweit, Die Herausbildung des staatlichen Gewaltmonopols im Entstehungsprozeß des modernen Staates, in: Randelhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, 1986, S. 313 ff.; J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983; C. Calliess, ZRP 2002, 1 ff.

⁷⁹ Von einem steigenden Sicherheitsbedürfnis der Gesellschaft spricht G. Calliess, Prozedurales Recht, 1999, S. 56 ff.; vgl. ferner – wenngleich etwas undifferenziert – M. Kötter, KJ 2003, 64 ff. (insbes. 71 ff.).

⁸⁰ Vgl. etwa G.-J. Glaeßner, Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ) B 10-11/2002, 3 ff.

⁸¹ Vgl. z.B. K.-P. Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 205; J. Isensee, JZ 1999, 265 (271 ff.); Bundesakademie für Sicherheitspolitik (Hrsg.), Sicherheitspolitik in neuen Dimensionen, Kompendium zum erweiterten Sicherheitsbegriff, 2001; E. v. Hippel, ZRP 2001, 145 ff.

Staatszielbestimmung Sicherheit, an keiner Stelle ist das staatliche Gewaltmonopol ausdrücklich verankert.⁸² Vielmehr setzt das Grundgesetz beides als seine Grundlage voraus.

Erst im entstehenden Verfassungsrecht der EU, für die das Thema Sicherheit eine durch die Verwirklichung des freien Personenverkehrs im Binnenmarkt bedingte neue Aufgabe darstellt, findet sich in Art. 3 Abs. 2 EUV i.V.m. 67 Abs. 1 AEUV ein Staats- bzw. Unionsziel, „den Bürgern in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein hohes Maß an Sicherheit zu bieten“. Es ist eine in der europäischen Integrationslogik liegende, notwendige Kompensation für den Wegfall der Personenkontrollen an den europäischen Binnengrenzen und der damit einhergehenden Einsicht geschuldet, dass sich (spätestens) damit auch die Kriminalität europäisiert⁸³ und in der Folge auch die Innere Sicherheit europäisieren⁸⁴ und – darüber hinaus – sogar internationalisieren bzw. globalisieren⁸⁵ muss.

Neben die so skizzierte internationale Dimension von Sicherheit tritt eine weitere Entwicklung, die ganz elegant einmal mit der Rede von einer „schwindende(n) Legitimität staatlichen Unterlassens“ umschrieben wurde.⁸⁶ Gemeint ist die Entwicklung zur sog. Risikogesellschaft⁸⁷, als deren Pendant der Vorsorge- und Umweltstaat auf die Bühne tritt.⁸⁸ Die Entwicklung der Wirtschaft – kombiniert mit derjenigen von Wissenschaft und Technik – bringt neben den vielfältigen Chancen als unbeabsichtigte Nebenfolge auch neue Risiken, die über die Gefahren der ersten Industrialisierungsphase weit hinausgehen, mit sich. Auf diese Weise wird Sicherheit nicht mehr nur in den bekannten Formen der inneren, äußeren, und sozialen Sicherheit, sondern in einer gewandelten Form, die sich als Zukunftssicherheit bezeichnen ließe, zu einer maßgeblichen Aufgabe des Staates.⁸⁹ Da weder in der Forschung effektive Ansätze zur Selbstbegrenzung und Folgenverantwortung, noch in der Wirtschaft eine andere

⁸² Hierzu *K.-P. Sommermann* (o. Fußn. 81), S. 113 ff., 199 ff., 326 ff., der überzeugend Staatsziele und Staatszielbestimmungen unterscheidet; *D. Merten*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), *Konsens und Konflikt*, 1986, S. 324 (327 ff.).

⁸³ Dazu *J. M. Bergmann*, ZEuS 2003, 103 (118 ff.); *H.-J. Kerner*, in: Bundesakademie (o. Fußn.81), S. 173 ff.

⁸⁴ Dazu *E. v. Bubnoff*, ZEuS 2002, 185 ff.; *J. Martínez Soria*, VerwArch 1998, 411 ff.; *J. Ellermann*, ZEuS 2002, 561 ff. speziell zu Europol.

⁸⁵ Vgl. dazu *G. Nolte*, Weg in eine andere Rechtsordnung, FAZ vom 10.1.2003, Nr. 8, S. 8; *M. Ruffert*, ZRP 2002, 247 ff.; *F. Nuscheler*, in: Bundesakademie (o. Fußn. 81), S. 415 ff.; *W. Hetzer*, APuZ B 5/2003, 27 ff.

⁸⁶ So der Titel des Beitrags von *W. Lübke*, in: Bundesministerium des Inneren (Hrsg.), *Bewährung und Herausforderung, Die Verfassung vor der Zukunft*, 1999, S. 211 ff.

⁸⁷ Begriffsprägend *U. Beck*, Risikogesellschaft, Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986, S. 35 ff., 300 ff.; zusammenfassend *ders.*, APuZ B 36/89, 3 ff.; *R. Schmidt*, DÖV 1994, 749 (750); *U. Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat – Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel des Arzneimittelüberwachung, 1994, S. 53 ff.; *W. Köck*, AöR 121 (1996), 1 ff.

⁸⁸ Ausführlich hierzu *C. Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 1 ff., 21 ff., 65 ff.

⁸⁹ *D. Grimm*, Zukunft der Verfassung, 2. Aufl. 1994, S. 417 f.; *J. Isensee*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111, Rdnr. 84 ff.; *G. Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 223 ff.; *U. Di Fabio* (o. Fußn. 87),

Grenze als die der Wirtschaftlichkeit gilt, wird an den Staat die Erwartung herangetragen, der im weitesten Sinne ökonomisch motivierten Risikoproduktion Grenzen zu setzen. Problematisch ist insofern, dass der Staat mangels erfahrungsbasierter Kenntnis aller Schadensquellen und -folgen keine präzisen und wirkungssicheren Auflagen zur Schadensverhütung machen kann, gleichzeitig aber auch das Instrument des Schadensersatzes und Versicherungsschutzes als Kompensation für eingetretene Schäden versagt, da es angesichts des ubiquitären Charakters der meisten Schäden an einem eindeutig feststellbarem Verursacher fehlt.⁹⁰ In der Folge wandelt sich die Aufgabe des Staates „von der status quo-bezogenen, auf Bewahrung oder Wiederherstellung eines störungsfreien Zustands gerichteten Gefahrenabwehr zur zukunftsbezogenen, den Prozess der wissenschaftlich-technischen Veränderung der Gesellschaft steuernden Risikovorsorge“⁹¹.

In der sog. Informations- und Kommunikationsgesellschaft tritt hier jedoch noch die Ahnung um jene überaus komplexen Risiken hinzu, die sich spezifisch aus der funktionalen Differenzierung der Gesellschaft ergeben: Die Zersplitterung der Gesellschaft in hochspezialisierte Funktionssysteme (Politik, Recht, Wirtschaft, Wissenschaft, Technik, Gesundheit, Ökologie etc.) begründet ganz neue Interdependenzen, da die spezialisierten Funktionssysteme allesamt aufeinander angewiesen sind, um ihrerseits funktionsfähig zu bleiben.⁹² Information und Kommunikation werden insoweit zu Schlüsselbegriffen, die nur dann ihre vernetzende Funktion erfüllen können, wenn Gewalt in den Beziehungen der Bürger ausgeschaltet ist. Denn Gewalt stellt die vorwiegend sprachlich vermittelte Kommunikation – und damit die Grundlagen Gesellschaft selbst – in Frage.⁹³ Terroristische Anschläge offenbaren so gesehen über die Bedrohung der physischen Sicherheit hinaus eine neue, ubiquitäre Dimension der „Verwundbarkeit“, indem sie die gesamte Kommunikations- und Infrastruktur bedrohen.

Im Ergebnis ist die Staatsaufgabe Sicherheit also durch zwei Entwicklungen herausgefordert: Zum einen internationalisiert sich die den Staat legitimierende Aufgabe der Gewährleistung von Sicherheit in zunehmenden Maße, innere und äußere Sicherheit lassen sich nicht mehr klar voneinander abgrenzen, der Staat ist überfordert und muss sich insoweit auf internationa-

S. 41 ff.; C. Gussy, DÖV 1996, 573 ff.

⁹⁰ B. Reiter, Entschädigungslösungen für durch Luftverunreinigungen verursachte Distanz- und Summationsschäden, 1998, S. 25 ff. und S. 77 ff.

⁹¹ D. Grimm (o. Fußn. 89), S. 418; R. Schmidt, DÖV 1994, 749 (751 ff.); U. Preuß, in: Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1996, S. 523 ff.; J. Isensee (o. Fußn. 89) Rdnr. 84 ff.; U. Di Fabio (o. Fußn. 87), S. 27 ff.

⁹² H. Willke, Ironie des Staates, Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft, 1992, S. 60; G. Calliess (o. Fußn. 79), S. 57 f.

⁹³ Vgl. R.-P. Calliess, in: Bemann u.a., Gewalt als Phänomen in der modernen Gesellschaft, 1988, S. 35 (37 f.).

ler Ebene reorganisieren, was ihm mit Blick auf die innere Sicherheit im Kontext der EU und mit Blick auf die äußere Sicherheit im Rahmen von UNO und NATO in einem gewissen Umfang gelungen ist⁹⁴. Zum anderen nimmt die Komplexität der Gesellschaft zu, in deren Folge „Ungewissheit“ und „Nichtwissen“ um Handlungsbedingungen und Kausalverläufe zum Alltag werden. Die erwähnten Beschreibungen der Gesellschaft als Informations-, Kommunikations- oder Risikogesellschaft, und die dem korrespondierende, mitunter warnend gemeinte Rede vom vorsorgenden⁹⁵ bzw. präzeptoralen⁹⁶ Staat, vom Sicherheits- Präventions-⁹⁷ Schutz-⁹⁸ oder Umweltstaat⁹⁹ spiegeln diese Entwicklung als Teil einer Staatsdebatte wider, die auf den beschriebenen gesellschaftlichen Wandel unter dem Aspekt „Sicherheit“ eine Antwort für den freiheitlichen Rechtsstaat sucht.¹⁰⁰ Hierauf sollen sich die folgenden Ausführungen nunmehr konzentrieren.

II. Sicherheit im rechtlichen Wandel: Von der konkreten Gefahrenabwehr zur umfassenden Risikovorsorge?

Rechtlich betrachtet kristallisiert sich der vorstehend beschriebene Wandel in der Frage heraus, ob nunmehr ein Abschied vom klassischen Polizeirecht mit seiner Ausrichtung auf die Abwehr konkreter Gefahren zugunsten einer umfassenden Risikovorsorge zu erfolgen hat: Wurde Sicherheit rechtlich bisher als Abwesenheit von Gefahren – bewirkt durch das staatliche Instrument der Gefahrenabwehr – definiert¹⁰¹, ist nunmehr die Frage aufgeworfen, ob und wenn ja inwieweit Sicherheit auch die Abwesenheit von Risiken – bewirkt durch staatliche Risikovorsorge – umfasst¹⁰². Traditionell war gerade das Polizeirecht praktischer Kristallisationspunkt der Freiheitssicherung im liberalen Rechtsstaat, das Bemühen galt der liberal-

⁹⁴ Skeptisch *T. Stein*, in: Delbrück (Hrsg.), *Allocation of Law Enforcement Authority in the International System*, 1995, S. 107 ff.

⁹⁵ Vgl. etwa *R. Schmidt*, DÖV 1994, 749 ff.

⁹⁶ *U. Di Fabio*, JZ 1993, 689 ff.; vgl. auch *H. Willke* (o. Fußn. 92), S. 144 ff. m.w.N.

⁹⁷ *E. Denninger*, KJ 1988, 1 ff.; ähnlich *D. Grimm* (o. Fußn. 89), S. 197 ff.

⁹⁸ *H. A. Hesse*, *Der Schutzstaat*, 1994; *ders.*, JZ 1991, 744 ff.

⁹⁹ *C. Calliess* (o. Fußn. 88), insbes. S. 12 ff.

¹⁰⁰ Siehe dazu – mitunter kritisch – *D. Grimm* (o. Fußn. 89), S. 197 ff.; *R.-P. Calliess*, NJW 1989, 1338 (1338 f. und 1342 f.); *H. Willke* (o. Fußn. 92), S. 291 ff.; *C. Gusy*, DÖV 1996, 573 ff., insbesondere 578 ff.; *C. Calliess* (o. Fußn. 88), insbes. S. 253 ff.

¹⁰¹ Vgl. nur *J. Isensee* (o. Fußn. 78), S. 26; *U. Di Fabio* (o. Fußn. 87), S. 30 ff.

¹⁰² Vgl. dazu aus unterschiedlichsten Perspektiven *J. Ipsen*, VVDStRL 48 (1989), 177 (186 ff.); *D. Murswiek*, VVDStRL 48 (1989), 207 (208 ff.); *U. Preuß* (o. Fußn. 91), S. 523 ff.; *A. Scherzberg*, *VerwArch* 1993, 484 ff.; *R. Schmidt*, DÖV 1994, 749 ff.; *W. Köck*, AöR 112 (1996), 1 ff.; *D. Grimm* (o. Fußn. 89), S. 197 ff.; *R. Wahl/I. Appel*, in: *Wahl, Prävention und Vorsorge*, 1995, S. 1 (13 ff.); *E. Denninger*, KJ 1988, 1 (467 ff.); *W. Hoffmann-Riem*, ZRP 2002, 497 (499); *K. Waechter*, JZ 2002, 854 ff.; *R. Pitschas*, DÖV 2002, 221 ff., (insbes. 229 ff.); *J. Aulehner*, *Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge : Grundlagen, Rechts- und Vollzugsstrukturen*, dargestellt auch im Hinblick auf die deutsche Beteiligung an einem Europäischen Polizeiamt 1998, S. 565 ff.; *M. Albers*, *Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfol-*

rechtsstaatlichen Ausgestaltung der Institution, Aufgaben und Eingriffsbefugnisse der Polizei.¹⁰³ In der Folge des vielzitierten Kreuzberg-Urteils des Preußischen OVG wurde die zuvor wohlfahrtsstaatliche Zwecke umfassende Aufgabe der Polizei auf die reine Gefahrenabwehr im Sinne des Schutzes von öffentlicher Sicherheit (und Ordnung) vor Störungen und Gefahren beschränkt.¹⁰⁴ An dieser Stelle setzte eine zentrale rechtsstaatliche Sicherung an, der Gesetzesvorbehalt.¹⁰⁵ Maßgeblich ist insoweit die auf konkrete Gefahren beschränkte polizeirechtliche Generalklausel: Je enger der Begriff der Gefahr bestimmt wird, desto weniger wird der von einem staatlichen Eingriff betroffene Bürger in seiner Freiheit beschränkt, desto freier ist also der Rechtsstaat. Dies auch deshalb, weil jeder darüberhinausgehende staatliche Eingriff einer speziellen Entscheidung des Gesetzgebers bedarf; fehlt es an einer spezialgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage ist der Eingriff rechtswidrig.¹⁰⁶

Für das Vorliegen einer Gefahr maßgebend ist die Kenntnis von Umständen, aus denen im Wege einer Prognose oder Erfahrungsregel mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf einen Schaden für ein zu schützendes Rechtsgut geschlossen werden kann¹⁰⁷, im Zentrum effektiver Sicherheitsgewähr steht also das auf allgemeinen Erfahrungsregeln basierende „Wissen“ um ein potentiell Schaden ereignis¹⁰⁸. Je größer und folgenschwerer letzteres ist, umso geringer sind die Anforderungen an die für das Gefahrenurteil zu fordernde Wahrscheinlichkeit; die bloße Möglichkeit eines Schadenseintritts reicht für die Annahme einer Gefahr allerdings niemals aus.¹⁰⁹ Vor diesem Hintergrund ist z.B. das Umweltrecht dazu übergegangen, jene allgemeinen Erfahrungsregeln durch wissenschaftliche Maßstäbe und Wahrheitskriterien zu ersetzen, die – vermittelt über unbestimmte Rechtsbegriffe wie „Stand der Technik“ oder „Stand von Wissenschaft und Technik“ – eine verobjektivierte Entscheidungsgrundlage für staatliche Eingriffe liefern sollen¹¹⁰. Wo aber keine die Schadenskausalität bestätigenden Experimente und keine wissenschaftlichen Erkenntnisse vorhanden sind, kann eine polizeirecht-

gungsvorsorge, 2001, S. 118 ff.

¹⁰³ V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl., 2001, Rdnr. 6 ff.; K. Waechter, JZ 2002, 854.

¹⁰⁴ Vgl. PrOVGE 9, S. 353 (376 f.) = VBIBW 1993, 271; dazu K. Kroeschell, VBIBW 1993, 268 ff.; grundlegend zu der damit eingeleiteten Entwicklung U. Di Fabio (o. Fußn. 87), S. 30 ff.

¹⁰⁵ Instruktiv dazu D. Grimm (o. Fußn. 89), S. 159 ff.; U. Di Fabio (o. Fußn. 87), S. 30 ff.

¹⁰⁶ Hierzu U. Di Fabio, Jura 1996, 566 (568).

¹⁰⁷ Siehe dazu nur BVerwGE 45, S. 51 (57); V. Götz (o. Fußn. 103), Rdnr. 140 ff.; B. Drews/G. Wacke/K. Vogel/W. Martens, Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 9. Aufl. 1986, S. 220; vgl. ferner die Legaldefinition in § 2 Nr. 1a NdsGefAG.

¹⁰⁸ R. Pitschas, DÖV 1989, 785 ff.; U. Preuß (o. Fußn. 91), S. 527; ausführlich K.-H. Ladeur, Umweltrecht der Wissensgesellschaft: von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement, 1995, S. 9 ff., 69 ff.

¹⁰⁹ V. Götz (o. Fußn. 103), Rdnr. 142 ff.; D. Drews/G. Wacke/K. Vogel/W. Martens (o. Fußn. 107), S. 223 f.; kritisch zu den herrschenden Ansätzen zur Definition von Wahrscheinlichkeit T. Darnstädt, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge – eine Untersuchung über Struktur und Bedeutung der Prognose-Tatbestände im Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, 1983, S. 35 ff.

lich hinreichende Wahrscheinlichkeit mangels der notwendigen Beurteilungssicherheit nicht mehr begründet werden. Weisen aber dennoch bestimmte Anhaltspunkte auf eine entfernte Schadensmöglichkeit hin, ist jener Übergang zwischen Gefahr einerseits und Risiko andererseits erreicht.¹¹¹ Neben die Aufgabe der Gefahrenabwehr, die auf der Grundlage von Nahzurechnungen und kurzen, linearen Kausalverläufen wahrgenommen werden konnte, ist in der Folge die komplexe Aufgabe der Risikovorsorge – vermittelt über das Vorsorgeprinzip – getreten.

Das Vorsorgeprinzip, von manchen als „großer Weichmacher“ beschrieben (und im Ergebnis dann doch befördert)¹¹², hat inzwischen eine beachtliche juristische Karriere hingelegt, die ihren Ausgangs- und Schwerpunkt freilich im Umwelt-, Gesundheitsschutz- und Verbraucherschutzrecht findet. Und dies nicht etwa nur im Recht der oftmals als ängstlich, fortschrittsfeindlich und umweltbewegt apostrophierten¹¹³ Bundesrepublik, sondern auch im Recht der USA, der EU, der WTO, ja ganz allgemein im Völkerrecht.¹¹⁴ Das Vorsorgeprinzip hat zwei Komponenten: Einerseits die Ressourcenvorsorge, die den Zweck verfolgt, Umweltressourcen im Interesse ihrer zukünftigen Nutzung durch Nichtausschöpfung der ökologischen Belastungsgrenzen zu schonen.¹¹⁵ Und andererseits die Risikovorsorge, die auf die Bewältigung von durch Ungewissheit und Unsicherheit definierte Risikosituationen angelegt ist. In Anlehnung an den tradierten Gefahrenbegriff, der mit Blick auf die eingangs skizzierten Herausforderungen an die vom Staat zu gewährleistende Sicherheit an seine Grenzen stößt¹¹⁶, lässt sich das Risiko als Sachlage definieren, in der bei ungehindertem Ablauf eines Geschehens ein Zustand oder ein Verhalten *möglicherweise* zu einer Beeinträchtigung von Rechtsgütern führt. Entscheidend ist also die Ersetzung der konkreten, hinreichenden Wahrscheinlichkeit durch die reine Möglichkeit, die abstrakte Besorgnis, eines Schadenseintritts.¹¹⁷ Zum Objekt der Risikovorsorge wird solchermassen statt des Schadens bereits die Gefahr, mit dem Ziel, die

¹¹⁰ Kritisch dazu R. Wolf, in: Beck (Hrsg.), Politik in der Risikogesellschaft, 1991, S. 378 (384, 386 ff.).

¹¹¹ U. Di Fabio, Jura 1996, 566 (568); R. Wahl/I. Appel (o. Fußn. 102), S. 86.

¹¹² U. Di Fabio, in: FS für Wolfgang Gitter, 1997, S. 807 ff.

¹¹³ Vgl. dazu etwa den Beitrag von J. Isensee, DÖV 1983, 565 ff. mit dem Titel „Widerstand gegen den technischen Fortschritt“; ferner P. Tettinger, NuR 1997, 1 (5, 8); ders. DVBl. 1999, 679 (686 f.).

¹¹⁴ Dazu der Überblick bei C. Calliess (o. Fußn. 88), S. 179 ff. m.w.N.

¹¹⁵ Dazu G. Lübke-Wolff, in: Bizer/Koch (Hrsg.), Sicherheit, Vielfalt, Solidarität, 1997, S. 47 (55 f., 68 f.) m.w.N.

¹¹⁶ So bereits P. Marburger, Die Regeln der Technik im Recht, 1979, S. 112 ff.; ebenso R. Wahl/I. Appel (o. Fußn. 102), S. 29 f.; U. Preuß (o. Fußn. 91), S. 530; A. Scherzberg, VerwArch 1993, 484 (490 ff.); W. Köck, AöR 1996, 1 (17 ff.); K.-H. Ladeur (o. Fußn. 108), S. 11 ff.; R. Wolf (o. Fußn. 110), S. 407 ff.

¹¹⁷ D. Murswiek, Die Staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 81, 86; J. Ipsen, VVDStRL 48 (1989), 177 (186 f.); R. Breuer, NVwZ 1990, 211 (213 f.); R. Wahl/I. Appel (o. Fußn. 102), S. 88; ferner T. Darnstädt (o. Fußn. 109), S. 36 ff.

Fehleinschätzung einer Gefahr zu vermeiden.¹¹⁸ Maßgebliche Konsequenz der Erweiterung des klassischen Gefahrenabwehrmodells durch das Vorsorgemodell ist die Vorverlagerung des zulässigen Eingriffszeitpunkts für staatliche Maßnahmen.¹¹⁹ Mit Blick auf seinen vorstehend skizzierten Inhalt lässt sich das Vorsorgeprinzip in einen Tatbestand, der durch die Ermittlung und Bewertung eines Vorsorgeanlasses (Ob-Frage) gekennzeichnet ist, und in eine Rechtsfolge, die durch die jeweils zu ergreifende Vorsorgemaßnahme (Wie-Frage), ergänzt um die Bestimmung eines Vorsorgeadressaten, definiert ist, strukturieren.¹²⁰ Ziel muss es sein, den Vorsorgeanlass (definiert als dem Risikobegriff immanentes abstraktes Besorgnispotential im Sinne eines auch nur theoretischen, jedoch auf wissenschaftliche Plausibilitätsgründe gestützten Anfangsverdachts) so zu bestimmen, dass ein Abgleiten der Vorsorge „ins Blaue hinein“ vermieden¹²¹ wird. Vor diesem Hintergrund ist zunächst eine objektive, möglichst erschöpfende Ermittlung aller für den Vorsorgeanlass maßgeblichen Informationen geboten (Risikoermittlung). Diese ist wiederum von der subjektiven Risikobewertung, also der wertenden Betrachtung des durch das abstrakte Besorgnispotential gekennzeichneten Vorsorgeanlasses, zu trennen.¹²² Im Kontext der Bestimmung des Vorsorgeanlasses impliziert das Vorsorgeprinzip eine Beweislastumkehr, die – unter Beachtung rechtsstaatlicher Grenzen – nach dem Muster einer widerlegbaren Gefährlichkeitsvermutung wirken kann.¹²³

Die so skizzierte Risikovorsorge ist über das Umweltrecht hinaus für das gesamte „Sicherheitsrecht“ relevant geworden. Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkte besonders heikel ist, wenn das für im weitesten Sinne umweltrechtliche Risikolagen konzipierte Vorsorgeprinzip zunehmend in das Recht der Inneren Sicherheit und damit auch in das Polizeirecht „hinüberschwappt“: Mit Blick auf sog. „moderne Gefährdungslagen von der organisierten Kriminalität bis hin zum Terrorismus“ wird in Reaktion auf tatsächliche und vermeintliche Sicherheitsbedürfnisse in der Gesellschaft konstatiert, dass die Sicherheitskompetenz des Staates zunehmend nicht mehr nur daran gemessen wird, ob es ihm gelingt, Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu begegnen, nachdem sie eingetreten sind, sondern auch an seiner Fä-

¹¹⁸ Vgl. *F. Hansen-Dix*, Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht, 1982, S. 21; *A. Scherzberg*, *VerwArch* 1993, 484 (497 f.); *R. Wahl/I. Appel* (o. Fußn. 102), S. 76; *W. Köck*, *AöR* 1996, 1 (19).

¹¹⁹ Dazu ausführlich *C. Calliess* (o. Fußn. 88), S. 154 ff.

¹²⁰ Ausführlich *C. Calliess* (o. Fußn. 88), S. 207 ff.

¹²¹ So zutreffend *F. Ossenbühl*, *NVwZ* 1986, 161 (166).

¹²² Vgl. zum Ganzen *D. Murswiek*, *VVDStRL* 48 (1989), 217 ff.; *R. Wahl/I. Appel* (o. Fußn. 102), S. 109; *C. Calliess* (o. Fußn. 88), S. 214 ff.; ähnlich *A. Scherzberg*, *VerwArch* 1993, 484 (499 ff.); *R. Breuer*, *NuR* 1994, 157 (160 f.); Mitteilung der Europäischen Kommission über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, KOM (2000) 1 endg. vom 2.2.2000, S. 14 ff.

¹²³ Dazu *C. Calliess*, *DVBl.* 2001, 1725 (insbes. 1732 f.).

higkeit, präventiv für Sicherheit zu sorgen.¹²⁴ Längst hat sich die sog. Kriminalprävention in der Diskussion wie Mehltau über die traditionelle Abwehr konkreter Gefahren gelegt und über die zunächst ins Visier genommene organisierte Kriminalität hinaus alle Bereiche von der öffentlichen Kleinkriminalität bis hin zur Gewalt in der Familie erreicht. Mit dem in der politischen Debatte nicht von der Hand zu weisenden Argument, dass die klassische Gefahrenabwehr als Schadensverhinderung zur Kriminalitätsabwehr ungeeignet ist, weil sie bei heimlicher und vorsätzlicher Gefahrenverursachung zumeist zu spät kommt, hat sich auch in der – im einzelnen zwar noch immer kontroversen – rechtswissenschaftlichen Diskussion die Umorientierung polizeilichen Handelns zur kriminalpräventiven Risikovorsorge samt polizeilicher Präventionskooperation in Form von gesellschaftlichen Sicherheitspartnerschaften bereits ansatzweise vollzogen.¹²⁵ Ein neues Polizeirecht soll entstehen, in welchem neben die Gefahrenabwehr und die repressive Strafverfolgung die Kriminalprävention als Sicherheitsvorsorge¹²⁶ bzw. Straftatenverhütung und Verfolgungsvorsorge¹²⁷ treten.

Warum aber ist diese Übertragung des umweltrechtlich erprobten Vorsorgeprinzips in das Polizeirecht von so besonderer rechtsstaatlicher Brisanz, was soll an einer Sicherheitsvorsorge schlecht sein, die Straftaten präventiv verhindert? Das eigentliche rechtsstaatliche Problem beginnt damit, dass die Frage der Zurechenbarkeit nicht eindeutig beantwortet werden kann, mithin nicht klar ist, wer Störer sein kann: Wenn das Polizeirecht – abgestützt durch die sog. „broken-windows“-Theorie¹²⁸ – die Funktion eines „social engineering“ übernimmt, wird in der Tendenz jeder zum potenziellen Störer. Gleichzeitig löst sich das „neue“ präventive Polizeirecht von seinem Bezug auf gesetzliches Unrecht und wird zur Vermeidung generell unerwünschter Situationen eingesetzt, mit der rechtsstaatlich hoch bedenklichen Folge, dass der Bürger den Staat nicht mehr durch legales Verhalten auf Distanz halten kann. Im Verhältnis Bürger-Staat würde auf diese Weise eine *generelle*¹²⁹ Beweislastumkehr eingeführt, in der das Risiko zur Normalität wird und die Nichtgefährlichkeit zur Ausnahme, die der Bürger für seine Person beweisen muss.¹³⁰ Hinzu kommt, dass Kriminalprävention ganz zentral auf vielfältige Formen des Informations- und Wissenserwerbs sowie deren systematische Auswertung

¹²⁴ G.-J. Glaeßner, APuZ B 10-11/2002, 3 (10).

¹²⁵ R. Pitschas, DÖV 2002, 221 ff., insbes. 229 ff.; J. Aulehner (o. Fußn. 102), S. 565 ff.; K. Waechter, JZ 2002, 854 ff.; M. Albers (o. Fußn. 102), S. 118 ff.; i. E. krit. E. Denninger, KJ 2002, S. 467 ff.; unentschieden W. Hoffmann-Riem, ZRP 2002, S. 499; G.-J. Glaeßner, APuZ B 10-11/2002, 3 (10).

¹²⁶ R. Pitschas, DÖV 2002, 221.

¹²⁷ M. Albers (o. Fußn. 102), S. 368.

¹²⁸ Zur Theorie und zum diesbezüglichen Vorbild New York, W. Hecker, KJ 1997, 395 ff.

¹²⁹ Eine Beweislastumkehr kann im *Einzelfall*, so insbesondere im Umweltrecht, notwendig und in bestimmten Grenzen möglich sein, dazu C. Calliess, DVBl. 2001, 1725 ff.

¹³⁰ Vgl. D. Grimm (o. Fußn. 89), S. 199; H. Prantl, Verdächtig, 2000, S. 9; E. Denninger, KJ 2002, 467 (472).

angewiesen ist, bevor Gesetzesverstöße begangen worden sind. Dafür stehen exemplarisch der sog. große Lauschangriff, V-Leute, verdeckte Ermittler, Videoüberwachung und Rasterfahndung. Im Zuge dieser sog. „Vorfeldaktivitäten“ drohen nicht nur die Grenzen zwischen Polizei, Geheimdiensten und Justiz sowie zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung zu verschwimmen, sondern das Polizeirecht gerät auch in die Nähe des Strafrechts, wenn im Zuge der Kriminalprävention z.B. die persönlichen Daten eines Wiederholungstäters im Internet veröffentlicht werden: Solche Maßnahmen haben einerseits Sanktionscharakter und dienen andererseits – wie viele andere Vorfeldaktivitäten (z.B. audio-visuelle Überwachung mittels Telefon- und Videoüberwachung, Speicherung des DNA-Codes jedes Bürgers als biometrisches Merkmal) – der Abschreckung durch eine Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit, ganz im Sinne der bedrückenden Vision des Spielberg-Films „Minority Report“, in dem der Staat sogar erkennen kann, wer demnächst ein Verbrechen begehen wird, und ihn schon allein deshalb festnehmen und verurteilen kann.¹³¹

Deutlich wird, dass der Vorsorgestaat das Betätigungsfeld des Staates – nunmehr auch über einzelne Rechtsbereiche wie das Umweltrecht hinaus „flächendeckend“¹³² – ausdehnt, indem er die staatlichen Kompetenz- und Eingriffstitel in Umsetzung des Sicherheitsgedankens erweitert. Insoweit trägt der Vorsorgestaat durchaus Züge jenes in der Literatur beschriebenen „Präventions-Staates“.¹³³ Der Vorsorgestaat muss damit fast zwangsläufig in ein Spannungsverhältnis zum Rechtsstaatsprinzip geraten. Diese Einsicht beschreibt allerdings nur die eine Seite der Medaille. Denn andererseits ist der Vorsorgestaat auch deckungsgleich mit dem Rechtsstaat, wie die folgenden Ausführungen belegen sollen.

III. Der Rechtsstaat als Garant von Sicherheit und Freiheit

1. „Denn ohne Sicherheit ist keine Freiheit“

Wo das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit rechtsdogmatisch zu verorten ist und wie es daran anknüpfend aufzulösen ist, soll nunmehr erörtert werden.

¹³¹ K. Waechter, JZ 2002, 854 (856 ff.); G.-J. Glaeßner, APuZ B 10-11/2002, 3 (11 f.); W. Hoffmann-Riem, ZRP 2002, 497 (498).

¹³² So – zu undifferenziert – die Befürchtung von D. Grimm (o. Fußn. 89), S. 199.

¹³³ Vgl. E. Denninger, KJ 1988, 1 ff.; D. Grimm (o. Fußn. 89), S. 197 ff.; vgl. auch R. Wahl/I. Appel (o. Fußn. 102), S. 55 ff.

Ausgangspunkt der diesbezüglichen Überlegungen ist das Rechtsstaatsprinzip, das ausdrücklich zwar in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG erwähnt ist, inhaltlich jedoch vom Grundgesetz vorausgesetzt wird¹³⁴. Die ihm zugrundeliegende Rechtsidee versteht Recht, wie Art. 1 und 20 GG zeigen, als unlösliche Verbindung formeller und materieller Elemente, als einen Regelungszusammenhang objektiven Rechts und subjektiver Rechte.¹³⁵ Vor diesem Hintergrund haben die Judikatur des BVerfG und das Schrifttum zahlreiche formelle und materielle Einzelgehalte des Rechtsstaats, die mitunter als solche nicht immer (umfassend) im Grundgesetz geregelt sind, anerkannt¹³⁶. Das prägende Ziel des Rechtsstaats stellt dabei die Gewährleistung der Grundrechte dar.¹³⁷ Nach heute herrschender Auffassung gründet der Rechtsstaat in materieller Hinsicht auf der Anerkennung der Menschenwürde; Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG knüpft hieran die elementaren rechtsstaatlichen Pflichten der Achtungs- und Schutzpflicht: „Der rechtsstaatliche Freiheitsbegriff des Grundgesetzes erschöpft sich folglich nicht in der Ausgrenzung eines Raums eigenen Beliebens, sondern meint rechtlich geordnete Freiheit. Erst bei Anerkennung dieser zweiten Schicht formen sich die Grundrechte zu Bausteinen, die die gesamte Rechtsordnung durchziehen und alle Rechtsverhältnisse zu beeinflussen vermögen. ... Auf die Basis des Art. 1 Abs. 1 GG zurückgeführt, zeigt sich der Doppelauftrag des Rechtsstaats ... in seiner einheitlichen Form: Disziplinierung und Aktivierung staatlichen Handelns. Beides gehört, wie die geschichtliche Entwicklung zeigt, zusammen und ist die Grundlage jener Friedenspflicht, die der Rechtsstaat seinen Bürgern auferlegt“¹³⁸. Somit erschöpft sich der Rechtsstaat nicht in der Staatsabwehr, sondern beinhaltet einen Doppelauftrag, der Begrenzung und Gewährleistung staatlichen Handelns gleichermaßen umfasst, um auf diese Weise die genannten Ziele sowohl gegenüber der Staatsgewalt als auch im Verhältnis der Individuen untereinander zu gewährleisten¹³⁹.

¹³⁴ Ganz h.M., ausführlich dazu *P. Kunig*, Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 68 ff. m.w.N.

¹³⁵ *E. Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 24, Rdnr. 21 ff.

¹³⁶ Umfassend *P. Kunig* (o. Fußn. 134), S. 117 ff.; *K. Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 471 ff.

¹³⁷ Dazu ausführlich *K.-P. Sommermann* (o. Fußn. 81), S. 205 ff. m.w.N.

¹³⁸ *E. Schmidt-Aßmann* (o. Fußn. 135), Rdnr. 31 f.

¹³⁹ *E. Schmidt-Aßmann* (o. Fußn. 135), Rdnr. 1, 31 f.; in diesem Sinne auch *K. A. Bettermann*, Der totale Rechtsstaat, 1986, S. 5 ff.; *D. Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975, S. 29 ff.; *P. Kunig* (o. Fußn. 134), S. 278 ff.; *K. Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 789 f.; *J. Isensee*, in: FS für Horst Sendler, 1991, S. 39 (47 f.); *D. Grimm* (o. Fußn. 89), S. 211 ff.; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdnr. 191; *K. Kröger*, JuS 1984, 172 (176).

2. Die rechtsstaatliche Schnittmenge zwischen Freiheit und Sicherheit

Mit dem so skizzierten Doppelauftrag begründet das Rechtsstaatsprinzip für den Staat eine Art „Zwickmühle der Freiheit“, die durch eine Handlungspflicht (rechtsstaatlicher Schutz) einerseits und Handlungsgrenzen (rechtsstaatliche Freiheit) andererseits gekennzeichnet ist. Dabei unterstreicht der rechtsstaatliche Doppelauftrag, dass „Schutz“ und „Freiheit“ zwei gleichberechtigte materiellrechtliche Ausprägungen des die Freiheit im umfassenden Sinne schützenden Rechtsstaatsprinzips darstellen; im Ausgangspunkt hat keiner der Belange für sich betrachtet Vorrang.¹⁴⁰

Wenn das Rechtsstaatsprinzip demnach also einen Doppelauftrag umfasst, der nicht allein eindimensional auf die reine Begrenzung staatlichen Handelns gerichtet ist, sondern vielmehr gleichzeitig staatliches Handeln zum Schutz der Bürger (insbesondere im Verhältnis zueinander) erfordern kann¹⁴¹, dann begründet es für den Staat eine Art „Zwickmühle der Freiheit“, die durch eine Handlungspflicht (rechtsstaatlicher Schutz) einerseits und Handlungsgrenzen (rechtsstaatliche Freiheit) andererseits definiert ist.

Mit anderen Worten: Der Rechtsstaat hat zwei Dimensionen der Freiheit, die sich in den Grundrechtsfunktionen Abwehr einerseits und Schutz andererseits widerspiegeln. Der die Freiheit absichernde Rechtsstaat hat beide Aufgaben gleichzeitig zu bewältigen.

Stellt man sich – wie vorstehend unter A. III. bereits ausführlich dargelegt – die beiden Dimensionen des freiheitswahrenden Rechtsstaatsprinzips „Freiheit durch staatlichen Schutz“ einerseits und „Freiheit durch Abwehr staatlicher Eingriffe“ andererseits als zwei sich teilweise überschneidende Kreise vor, so ergibt sich demnach folgendes Bild: Die Staatsaufgabe Sicherheit steht einerseits in einem Spannungsverhältnis zum Rechtsstaatsprinzip, insbesondere zu dessen in den Grundrechten (in ihrer klassischen Abwehrdimension) verkörpertem materiellem Gehalt. Andererseits besteht mit Blick auf die Sicherheits- und Schutzdimension des Rechtsstaats eine gemeinsame Schnittmenge, in der Sicherheit und freiheitlicher Rechtsstaat deckungsgleich sind. So gesehen korrespondiert also die Staatsaufgabe Sicherheit in der gemeinsamen Schnittmenge der Schutzfunktion des Rechtsstaats, kollidiert aber gleichzeitig

¹⁴⁰ Vertiefend C. Calliess (o. Fußn. 88), S. 445 ff.

¹⁴¹ Vgl. dazu E. Schmidt-Aßmann, in: HStR, Bd. I, § 24, Rn. 31 f.; in diesem Sinne auch K. Hesse, Verfassungsrecht, Rn. 191; K. Stern, Staatsrecht Bd. I, S. 789 f.; v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Abs. 3, Rn. 195; K. A. Bettermann, Der totale Rechtsstaat, S. 7; J. Isensee, in: FS Sendler, S. 39 (47 f.); Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 29 ff.; P. Kunig, Rechtsstaatsprinzip, S. 278 ff.

(außerhalb der Schnittmenge) mit der liberalen Abwehrfunktion des Rechtsstaats.

Dies ist eine Folge der herausgearbeiteten sog. „Janusköpfigkeit“ des Rechtsstaats.¹⁴² Die Staatsaufgabe Sicherheit bringt in der Schnittmenge die im Rechtsstaat seit jeher enthaltene Schutzfunktion – wie sie subjektivrechtlich gerade auch in den grundrechtlichen Schutzpflichten zum Ausdruck kommt – in Erinnerung. Diese Schutzfunktion legitimiert ein entsprechendes staatliches Handeln in besonderer Weise. Denn im Rahmen der durch die Schutzfunktion beschriebenen gemeinsamen Schnittmenge steht die Staatsaufgabe Sicherheit folglich in keinem Spannungsverhältnis zum Rechtsstaat. Erst mit Blick auf die klassische liberale Abwehrfunktion des Rechtsstaats wird jenes Spannungsverhältnis aktiviert. Dieses Spannungsverhältnis kristallisiert sich insbesondere im grundrechtlichen Bereich heraus.¹⁴³

Stellt man sich vor diesem Hintergrund den materiellen Rechtsstaat als durch einen Kreis „Sicherheit“ einerseits und einen Kreis „Freiheit“ andererseits definiert vor, ergibt sich folgendes Bild: Die Staatsaufgabe Sicherheit steht einerseits in einem Spannungsverhältnis zum Rechtsstaatsprinzip, insbesondere zu dessen in den Grundrechten (in ihrer klassischen Abwehrdimension) verkörperten materiellem Gehalt. Andererseits besteht mit Blick auf die Sicherheits- und Schutzdimension des Rechtsstaats eine gemeinsame Schnittmenge, in der Sicherheit und Freiheit deckungsgleich sind. So gesehen korrespondiert also die Staatsaufgabe Sicherheit in der gemeinsamen Schnittmenge der Schutzfunktion des Rechtsstaats, kollidiert aber gleichzeitig (außerhalb der Schnittmenge) mit der liberalen Abwehrfunktion des Rechtsstaats. Die Staatsaufgabe Sicherheit bringt in der Schnittmenge die im Rechtsstaat seit jeher enthaltene Schutzfunktion – wie sie subjektivrechtlich gerade auch in den grundrechtlichen Schutzpflichten zum Ausdruck kommt – in Erinnerung. Diese Schutzfunktion legitimiert ein entsprechendes staatliches Handeln in besonderer Weise. Denn im Rahmen der durch die Schutzfunktion beschriebenen gemeinsamen Schnittmenge steht die Staatsaufgabe Sicherheit folglich in keinem Spannungsverhältnis zum Rechtsstaat. Erst mit Blick auf die klassische liberale Abwehrfunktion des Rechtsstaats wird das Spannungsverhältnis aktiviert.

¹⁴² Mit diesem Begriff die Schutzfunktion des Rechtsstaats betonend *K. A. Bettermann*, *Der totale Rechtsstaat*, S. 5 ff.; *P. Kunig*, *Rechtsstaatsprinzip*, S. 278 ff.; ähnlich *Merten*, *Rechtsstaat und Gewaltmonopol*, S. 29 ff.; *E. Schmidt-Aßmann*, in: *HStR* Bd. I, § 24, Rn. 1 und 31 f.; *J. Isensee*, *Grundrecht auf Sicherheit*, S. 21; *D. Grimm*, *Zukunft der Verfassung*, S. 211 ff.

¹⁴³ Andere Ansicht *K. Sobotta*, *Prinzip Rechtsstaat*, S. 478, 481, 485 f., die die Grundrechte als separates Normensystem einstuft und daher ihre nochmalige Einordnung unter das Rechtsstaatsprinzip als „redundant“ bezeichnet.

3. Schlussfolgerungen

Dem Rechtsstaatsprinzip ist neben seiner (freiheits-) bewahrenden Funktion schon immer ein dynamisches Element immanent gewesen, das seine Anpassung an die jeweiligen Herausforderungen der Zeit ermöglicht hat.¹⁴⁴ In Reaktion auf die Herausforderungen des Vorsorgestaats wird nunmehr die ihm seit jeher innewohnende Schutzfunktion, die vor dem Hintergrund des liberalen Rechtsstaats zurückgedrängt worden war, wieder stärker betont. Der vorstehend durch das Schlagwort „vorsorgend“ gekennzeichnete Rechtsstaat muss Abwehr- und Schutzfunktion miteinander vereinen und zum Ausgleich bringen. Dabei wird die Staatsaufgabe Sicherheit im materiellen Rechtsstaat durch die grundrechtlichen Schutzpflichten in begrenztem Umfang subjektiviert. Dies ist die materiell-rechtsstaatliche Konsequenz des (vertragstheoretischen) Ansatzes, der einen untrennbaren Zusammenhang zwischen dem staatlichem Gewaltmonopol samt Friedenspflicht der Bürger und der Gewähr staatlichen Schutzes herstellt.¹⁴⁵ Im materiellen Rechtsstaat, in dem das Staat-Bürger-Verhältnis verfassungsrechtlich weitgehend durch die Grundrechte gesteuert wird, kommt diese Konsequenz deutlich im bereits erwähnten Art. 1 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 3 GG zum Ausdruck. Über den Menschenwürdegehalt aller Grundrechte wird sowohl die Achtungs- als auch die Schutzpflicht des Staates in die anderen Grundrechte transportiert.¹⁴⁶ In Gestalt von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG wird auf diese Weise auch der staatliche Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, mithin die physische Sicherheit subjektiviert, der Bürger hat also einen grundrechtlich begründeten Anspruch auf Sicherheit, den er auch gerichtlich durchsetzen kann¹⁴⁷. Dieser Anspruch korrespondiert zumindest teilweise, wie vorstehend gezeigt wurde, der Schutzfunktion des Rechtsstaats. Zugleich kollidiert dieser Anspruch aber mit der abwehrrechtlichen Funktion des Rechtsstaats, aufgrund derer der durch den staatlichen Schutzeingriff in seiner grundrechtlichen Freiheit beeinträchtigte Bürger, der polizeirechtliche „Störer“, die staatlicherseits ergriffenen Schutzmaßnahmen in Frage stellen kann. Diese Ambivalenz des staatlichen Schutzeingriffs gilt es dogmatisch in den Griff zu bekommen. Dabei helfen kann das „Denken im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis“, das an das klassische Dreieck „Staat-Störer-Opfer“ anknüpft, dieses jedoch unter dogmatischen Gesichtspunkten ergänzt und durch eine mehrpolige Verhältnismäßigkeitsprüfung konkretisiert und konturiert.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Dazu ausführlich *G. Calliess* (o. Fußn. 79), S. 39 ff.

¹⁴⁵ Siehe dazu die in Fußn. 1 genannten Autoren.

¹⁴⁶ Ausführlich *C. Calliess* (o. Fußn. 88), S. 312 ff., 437 ff.

¹⁴⁷ *C. Calliess* (o. Fußn. 88), S. 321 ff., 443 ff.

¹⁴⁸ *C. Calliess* (o. Fußn. 88), S. 256 ff., 566 ff.

IV. Das mehrpolige Verfassungsrechtsverhältnis als rechtlicher Orientierungsrahmen für eine rechtsstaatliche Balance zwischen Freiheit und Sicherheit

1. Mehrpoliges Verfassungsrechtsverhältnis und mehrpolige Verhältnismäßigkeitsprüfung

Grundrechtliches Abwehrrecht und grundrechtliche Schutzpflicht richten sich an denselben Adressaten, den Staat. Bei der Wahrnehmung seiner Schutz Aufgabe können dem Staat daher zwei Grundrechtsträger mit gegensätzlichen Interessen gegenüberstehen: Auf der einen Seite die Interessen des Betroffenen (auch „Opfer“ genannt), den der private Übergriff in seiner Freiheit beeinträchtigt, auf der anderen Seite die Interessen des „Störers“ genannt, von dem der Übergriff ausgeht. Es entsteht auf diese Weise ein grundrechtlich determiniertes Dreieck zwischen dem Staat an der Spitze, dem Betroffenen privaten Handelns dem ein grundrechtlicher status positivus in Form eines Rechts auf Schutz zukommt, am Ende des einen Schenkels und dem Störer, welchem ein status negativus in Form eines Rechts auf Eingriffsabwehr zusteht, am Ende des anderen Schenkels.¹⁴⁹ Der Boden des Dreiecks, der das Verhältnis zwischen den Privaten, zwischen Betroffenen und Störer beschreibt, wird von den Grundrechten, denen nach heute ganz herrschender Auffassung keine unmittelbare Drittwirkung zukommt¹⁵⁰, nur mittelbar, d.h. über die Auslegung der einfachen Gesetze, bestimmt.¹⁵¹ Hinzu tritt das Gemeinwohl, das – obwohl es in Verantwortung des Staates steht – aus dogmatischen Gründen als eigenständiger (Abwägungs-) Belang im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis verortet ist.¹⁵²

Schon aus dem Denken im so skizzierten mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis ergibt sich, dass grundrechtliche Abwehrdimension und grundrechtliche Schutzdimension (außerhalb rein bipolarer Verfassungsrechtsverhältnisse) untrennbar zusammenhängen. Die jeweilige Reichweite von Abwehrrecht und Schutzpflicht lässt sich vor diesem Hintergrund konkret nur anhand der Vorgaben des mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnisses, und dort im Rah-

¹⁴⁹ Vgl. dazu *J. Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, § 111, Rdnr. 4 f.; *F. Hufen*, in: Grimm, Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 273 (276 ff.); *G. Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit – Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, 1987, S. 199 ff.; ferner *T. Groß*, VerwArch 1997, 89 (102 ff.); *H.-H. Trute*, Vorsorgestrukturen und Luftreinhalteplanung im Bundesimmissionsschutzgesetz, 1989, S. 215 ff. am Beispiel des Immissionsschutzrechts.

¹⁵⁰ Vgl. dazu *C.-W. Canaris*, AcP 1984, 202 ff. sowie grundlegend aus jüngerer Zeit *M. Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, S. 7 ff.

¹⁵¹ *J. Isensee* (o. Fußn. 149), Rdnr. 5; eingehend *M. Ruffert* (o. Fußn. 150), S. 61 ff.

¹⁵² *C. Calliess* (o. Fußn. 88), S. 340 ff., 508 ff., 576 f.

men einer mehrpoligen Verhältnismäßigkeitsprüfung samt Abwägung bestimmen.¹⁵³ Prüfungsmaßstab für die Reichweite der Schutzpflicht im konkreten Fall ist das Untermaßverbot, das dogmatisch zwar dem Übermaßverbot beim Abwehrrecht korrespondiert, jedoch nicht – wie teilweise behauptet wird¹⁵⁴ – mit diesem identisch ist.¹⁵⁵ Beide sind ihrem unterschiedlichen dogmatischen Ausgangspunkt bzw. ihrer unterschiedlichen dogmatischen Funktion (begehrt wird einerseits das Unterlassen bzw. Zurückdrängen eines staatlichen Eingriffs, andererseits ein staatliches Tun) entsprechend inhaltlich verschieden konzipiert, ähneln sich dabei aber in ihrer Struktur. Wie beim bekannten Übermaßverbot lässt sich daher auch beim Untermaßverbot eine dreistufige Prüfung durchführen.¹⁵⁶

Konkret hat die Abwägung im Rahmen einer mehrpoligen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu erfolgen, die hier freilich nur skizziert werden kann.¹⁵⁷ Das Übermaßverbot des Abwehrrechts auf der einen Seite und das Untermaßverbot der Schutzpflicht auf der anderen Seite bilden eine Art Korridor¹⁵⁸, innerhalb dessen der Gesetzgeber den nach dem Gewaltenteilungsprinzip erforderlichen Spielraum hat, die kollidierenden Belange abzuwägen und in Ausgleich zu bringen. Daraus ergibt sich für die mehrpolige Verhältnismäßigkeitsprüfung folgende Struktur: Ihren Ausgangspunkt nimmt sie an den jeweiligen Rechtspositionen des mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnisses. Für jede von ihnen ist die 1. Stufe der Geeignetheitsprüfung und die 2. Stufe der Erforderlichkeitsprüfung *gesondert* vorzunehmen. Mithin ist beim Störer die 1. und 2. Stufe des abwehrrechtlichen Übermaßverbots zu prüfen. Beim Betroffenen ist die 1. und 2. Stufe des schutzrechtlichen Untermaßverbots zu prüfen. Gleiches hat in entsprechender Form für mitbetroffene Gemeinwohlbelange (z.B. Umweltschutz, Art. 20a GG) zu geschehen. Als konkretisierender Bestandteil der mehrpoligen Verhältnismäßigkeitsprüfung ist auf ihrer jeweils 2. Stufe (Erforderlichkeitsprüfung) mit Blick auf alle beteiligten Rechtspositionen eine Alternativenprüfung¹⁵⁹ durchzuführen: Indem die Alternativenprüfung damit genau auf den beschriebenen Korridor zwischen beiden Verboten zielt, wird sie förmlich zum Instrument der im Rahmen der mehrpoligen Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmenden

¹⁵³ C. Calliess (o. Fußn. 88), S. 451 ff., 577 ff.

¹⁵⁴ So aber K.-E. Hain, DVBl. 1993, 982 (983 f.); P. Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 85 ff.

¹⁵⁵ J. Dietlein, ZG 1995, 131 (134 ff.); ausführlich C. Calliess (o. Fußn. 88), S. 451 ff., insbes. 455 ff.; M. Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichen Gewande, 2000, S. 343 ff.

¹⁵⁶ Ausführlich zum Ganzen C. Calliess (o. Fußn. 88), S. 566 ff. und 574 ff.

¹⁵⁷ Vertiefend C. Calliess (o. Fußn. 88), S. 577 ff.

¹⁵⁸ Ähnliches indizieren die Auffassungen von C.-W. Canaris, JuS 1989, 161 (163 f.); H. D. Jarass, AöR 110 (1985), 363 (382 ff.); A. Scherzberg, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“, 1989, S. 221 f.; J. Isensee (o. Fußn. 149), Rdnr. 165 f.; explizit spricht W. Hoffmann-Riem, DVBl. 1994, 1381 (1384 f.); T. Brönneke, Umweltverfassungsrecht, 1999, S. 274 ff. konstruiert – unter gleichen Prämissen – ein sternförmiges Modell.

¹⁵⁹ Allgemein hierzu G. Winter, Alternativen in der administrativen Entscheidungsbildung, 1997.

Gesamtabwägung, die der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den einzelnen Rechtspositionen des mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnisses dient.¹⁶⁰

Auf der 3. Stufe der mehrpoligen Verhältnismäßigkeitsprüfung laufen dann die drei Prüfstränge zusammen. Wie schon die Prüfungsvorgaben von Übermaß- und Untermaßverbot im Rahmen der 3. Stufe mit ihrem Hinweis auf die entgegenstehenden Rechtsgüter, die kollidierenden privaten *und* öffentlichen Interessen deutlich machen, kann die Grenze der Angemessenheit bzw. Zumutbarkeit letztlich nur für den jeweiligen Fall aus den Vorgaben des mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnisses *insgesamt* gewonnen werden. Demnach ist auch hier der dogmatische Anknüpfungspunkt, an dem die Vorgaben von Untermaß- und Übermaßverbot im Rahmen einer Gesamtabwägung zusammengeführt werden müssen. In der Konsequenz – gleichsam als grundrechtsdogmatischer Zugewinn – dieser mehrpoligen Prüfung rückt der eigene Wert der kollidierenden Abwägungsbelange stärker in das Blickfeld. In der Folge kann insbesondere der bislang defizitäre Schutzaspekt in der Güterabwägung ein größeres Gewicht erlangen. Übergreifende Leit- und Auslegungsmaxime im Rahmen der mehrpoligen Abwägung ist, ebenso wie bei der überkommenen Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, der Grundsatz der praktischen Konkordanz bzw. das in der Sache gleichgerichtete Abwägungsgesetz.¹⁶¹ Beide sind ihrer Struktur nach für mehrpolige Abwägungsprozesse offen. Dabei müssen allen Rechtsgütern Grenzen gezogen werden, damit sie zur optimalen Wirksamkeit gelangen können. Im Hinblick hierauf ist die Formulierung des Abwägungsgesetzes nur von „des anderen“ in „der anderen“ zu ändern, so dass es lautet: „Je höher der Grad der Nichterfüllung des einen Prinzips ist, desto größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung *der* anderen sein“. Auf dieser Grundlage kann dann anhand der herausgearbeiteten Vorgaben die Bedeutung der verschiedenen abzuwägenden Belange ermittelt werden. Dabei verschieben gleichlaufende Belange anerkanntermaßen die Gewichtung im Rahmen der Abwägung. Demgemäß können z.B. die Belange von grundrechtlicher Schutzpflicht (z.B. Art. 2 Abs. 2 GG) und Gemeinwohl (z.B. Art. 20a GG), sofern sie inhaltlich gleich laufen, summiert werden und damit ein bestimmtes, mit der staatlichen Maßnahme verfolgtes Ziel (z.B. Luftreinhaltung) samt den dahinter stehenden Schutzgütern in der Abwägung stärken. Die solchermaßen determinierte Abwägung ist rahmenartige Vorgabe für die gesetzgeberische Entwicklung eines konkreten Schutzkonzepts, oder – wenn es bereits ein Schutzkonzept gibt – Maßstab für seine Überprüfung und (möglicherweise) Fortentwicklung bzw. Umgestaltung.¹⁶²

¹⁶⁰ Dazu C. Calliess (o. Fußn. 88), S. 592 ff.

¹⁶¹ Dazu R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl. 1994, S. 146, 152; T. Brönneke (o. Fußn. 158), S. 280.

¹⁶² C. Calliess (o. Fußn. 88), S. 580 ff.

Der notwendige gesetzgeberische (bzw. exekutivische) Gestaltungsspielraum wird – wie bereits jetzt – über die gerichtliche Kontrolldichte gewahrt. Entscheidend ist insoweit, dass – gleich welcher Kontrollmaßstab angewandt wird¹⁶³ – das erwähnte, aus dem Doppelauftrag des Rechtsstaatsprinzip fließende dogmatische Gebot der „Gleichberechtigung“ von Abwehrrecht und Schutzpflicht berücksichtigt wird: Ist im Rahmen der Schutzpflicht nur eine Evidenzkontrolle möglich, so darf hinsichtlich des kollidierenden Abwehrrechts nicht etwa eine Vertretbarkeits- oder gar intensivierte Inhaltskontrolle durchgeführt werden. Dies gilt konsequenterweise selbst dann, wenn beim grundrechtlichen Abwehrrecht des Störers bei isolierter (bipolarer) Betrachtung ein strengere Kontrollmaßstab möglich wäre. Nur so kann die dogmatisch gebotene Symmetrie, das Gleichgewicht, zwischen den Grundrechtspositionen des Begünstigten und des Betroffenen im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis gewahrt werden.¹⁶⁴

2. Die Gewichtung von Freiheit und Sicherheit in der mehrpoligen Verhältnismäßigkeitsprüfung

An dieser Stelle kommt nun wieder die für den Rechtsstaat konstatierte Schnittmenge zwischen Sicherheit und Freiheit ins Spiel: Denn ausgehend von dieser Schnittmenge lässt sich – wengleich auf einer noch abstrakten Ebene – die aufgrund des aufgezeigten Spannungsverhältnisses verfassungsrechtlich notwendig werdende Abwägung¹⁶⁵ zwischen Sicherheit und Freiheit steuern. Dies geschieht dergestalt, dass die Schnittmenge einen materiellen Anhaltspunkt dafür liefert, ob den staatlichen Organen im konkreten Falle ein Abwägungsspielraum zusteht, wie weit er reicht und unter Umständen sogar wie er auszufüllen ist. Ein Abwägungsspielraum entsteht Alexy¹⁶⁶ zufolge dann, wenn ein Abwägungspatt vorliegt, mithin ein Kollisionsfall sich nicht schon aufgrund der Vorgaben der Verfassung selbst lösen lässt. Dieser Abwägungsspielraum umfasst auch die Wahl zwischen verschiedenen im Patt stehenden Niveaus von Eingriff und Schutz. Um festzustellen, ob ein Abwägungspatt mit der Folge eines Abwägungsspielraums besteht oder nicht, sind Skalierungen erforderlich. Dabei erfordert die Natur des Verfassungsrechts, im Vergleich zum Verwaltungsrecht eher grobe Skalierungen, also z.B. „leicht, mittel, schwer“.¹⁶⁷ Und genau bei der insoweit notwendigen Subsumtion

¹⁶³ Hierzu zusammenfassend K. Schlaich/S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 5. Aufl. 2001, Rdnr. 493 ff., 520 ff. m.w.N.

¹⁶⁴ C. Calliess (o. Fußn. 88), S. 583 ff., insbes. 587 ff.

¹⁶⁵ Zur Dogmatik der Abwägung C. Calliess (o. Fußn. 88), S. 566 ff. m.w.N.

¹⁶⁶ R. Alexy, VVDStRL 61 (2001), 7 (15 ff.).

¹⁶⁷ Die nunmehr folgenden Ausführungen lösen sich von Alexys Vortrag; sie nutzen völlig frei, mithin herausge-

unter die Skalierung, mithin bei der Bestimmung, ob z.B. ein Eingriff in die (rechtsstaatlich über die abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte verbürgte) Freiheit von Bürgern leicht, mittel oder schwer wiegt, kann die herausgearbeitete Schnittmenge – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – wichtige Dienste leisten, indem sie einen Maßstab für die Freiheitsverträglichkeit von Sicherheit gibt.

So gesehen findet der eingangs zitierte Satz von Humboldt „Ohne Sicherheit keine Freiheit“ in der Schnittmenge zunächst seine Bestätigung. Es wird aber gleichzeitig deutlich, dass diese Vorgabe nur für einen bestimmten Bereich Geltung beanspruchen kann, nämlich den mit der Schnittmenge bezeichneten Bereich der physischen Sicherheit, der wiederum durch die grundrechtliche Schutzdimension des Art. 2 Abs. 2 GG näher bestimmt wird. Hier wiegt der Schutz (z.B. des Lebens von Menschen) schwer und der vorzunehmende Eingriff in die über die grundrechtliche Abwehrdimension verbürgte Freiheit (z.B. in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung) in der Folge des vorgestellten Modells, und damit in Relation zum Schutz, leicht. Auf diese Weise ist festgestellt, dass kein Abwägungspatt besteht, so dass es auch keinen Abwägungsspielraum geben kann. Im Bereich der physischen Sicherheit, die für die Entfaltung der Menschenwürde unabdingbar und daher in besonderer Weise zu schützen ist, hat der Staat unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten daher die weitreichendsten Eingriffsbefugnisse in die – rechtsstaatlich ja ebenfalls geschützte – grundrechtliche Freiheit Dritter, die ihre Abwehrrechte gegen die staatliche Schutzmaßnahme ins Feld führen. Sein für die Schutzdimension der Grundrechte typisches Handlungsermessen reduziert sich und kann, wenn der Kern der Menschenwürde betroffen ist, sogar auf Null schrumpfen. Im Polizeirecht wird dies z.B. am Anspruch auf polizeiliches Einschreiten, wenn das Leben eines Menschen in Gefahr ist, besonders deutlich.¹⁶⁸

Außerhalb der Schnittmenge nähert sich die Abwägung aber zunehmend einer Pattsituation an. In der Folge entstehen immer größere Abwägungsspielräume der staatlichen Organe, die in prozeduraler und materieller Hinsicht immer höhere Rechtfertigungsanforderungen für einen Grundrechtseingriff beim Störer auslösen. Dabei gilt – auf einer gleitend gedachten Skala, die sich horizontal durch die beiden Kreise „Sicherheit“ und „Freiheit“ samt Schnittmenge zieht – die Regel: Je größer auf der gleitenden Skala der Abstand von Sicherheit einerseits und Freiheit andererseits (von der Schnittmenge des Modells) ist, desto schwerer wiegt der

trennt aus dem im Vortrag von Alexy verfolgten Kontext, den Gedanken des Abwägungsspielraums.

¹⁶⁸ Zu den Schutzansprüchen des Gefährdeten (Recht auf pflichtmäßige Ausübung des Ermessens und Einschreiten) V. Götz (o. Fußn. 103), Rdnr. 357 ff. m.w.N.

Eingriff in die rechtsstaatlich durch die Grundrechte in ihrer abwehrrechtlichen Dimension verbürgte Freiheit.

Näher zu bestimmen bleibt freilich noch, wann sich die Verwirklichung der Staatsaufgabe Sicherheit von der Schnittmenge entfernt, welche Kriterien hier angelegt werden können. Insofern lassen sich zwei Faustregeln formulieren. Zum einen gilt: Je geringer der Bezug der staatlichen Maßnahme zur physischen Sicherheit des Bürgers (mithin der Schnittmenge) ist, desto höher sind die Anforderungen an ihre Rechtfertigung unter freiheitlichen Gesichtspunkten. So wird sich z.B. bei der ökologischen Sicherheit, die den Schutz der Gesundheit und körperlichen Unversehrtheit im Kontext der Umweltverschmutzung umfasst, oftmals eine relative Nähe zur physischen Sicherheit feststellen lassen.¹⁶⁹ Entfernter liegen Aspekte der sozialen bzw. ökonomischen Sicherheit, deren Bedeutung zwar nicht geringgeschätzt werden soll, die aber Schutzaspekte umfassen, die entweder – etwa wenn es um Extremfälle geht (Schutz des Existenzminimums; Schutz des persönlichen Eigentums) – schon von der physischen Sicherheit umfasst sind, oder aber bei genauer Betrachtung einen so starken Gleichheits- und Freiheitsbezug haben, dass ihr Sicherheitsaspekt sehr gering ist. Im letzteren Falle kann die Schnittmenge dann keine Steuerungskraft mehr entfalten. Zum anderen ist zu prüfen, ob die staatliche Maßnahme unmittelbar oder „nur“ mittelbar dem Schutz der physischen Sicherheit des Bürgers dient. Hier gilt die Faustregel: Je mittelbarer der Bezug der staatlichen Maßnahme zur physischen Sicherheit der Bürger ist, desto höher sind die Anforderungen an ihre Rechtfertigung. So dienen z.B. die biometrischen Merkmale, die künftig in den Personalausweis integriert sein sollen, bestenfalls mittelbar, dem Schutz der physischen Sicherheit der Bürger, so dass der Eingriff in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung in dieser Konstellation sehr schwer wiegt. Dies gilt erst recht, wenn z.B. DNS-Daten für den sog. „genetischen Fingerabdruck“ nicht mehr nur bei schweren Gewalttaten von Wiederholungstätern gespeichert werden sollen, sondern – wie kürzlich vom bayerischen Justizminister vorgeschlagen wurde – auch bei jeder gewerbsmäßig begangenen Straftat. Dies hat zur Folge, dass sich der Gesetzgeber (aufgrund seines im Sinne des Modells relativ weiten Abwägungsspielraums) hohen Rechtfertigungsanforderungen ausgesetzt sieht. Anders läge es aber z.B. im Falle einer Videoüberwachung, die einen gefahrträchtigen Ort (z.B. Unterführung, Parkgarage) betrifft, an dem es leicht zu Gewalttaten kommen kann. Im Ergebnis ist also diejenige Schutzmaßnahme unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten am leichtesten zu rechtfertigen, die unmittelbar der physischen Sicherheit (Schnittmenge) dient.

¹⁶⁹ Dazu C. Calliess (o. Fußn. 88), S. 96 ff.

V. Ein neues Staats- und Verfassungsverständnis?

Die vorstehenden Ausführungen zeigen zunächst einmal, dass gerade im Rechtsstaat Freiheit und Sicherheit zusammengehören; ein Aspekt, der in der gegenwärtigen Diskussion nicht immer hinreichend realisiert wird. Aufgrund seines Doppelauftrags kann das Rechtsstaatsprinzip insoweit als Steuerungsmodus für das jeweilige Maß an Sicherheit wirken. Dabei gilt es, die verschiedenen, zum Teil neuen Herausforderungen an die Sicherheit zu bewältigen. Unter diesen Herausforderungen gibt es solche, die wirklich neu sind, und solche die vorgeben, neu zu sein. Insoweit gilt es, sauber zu differenzieren: Neu ist z.B. die erwähnte Europäisierung und Globalisierung der Sicherheitsfrage, neu sind auch die mit der „Risikogesellschaft“ beschriebenen ungewollten und oftmals ungewissen „Nebenfolgen“ des technischen Fortschritts einschließlich der Sicherheitsproblematik der Risikotechnologien. Nicht neu ist hingegen z.B. die Herausforderung der Sicherheit durch Kriminalität an und für sich. Für jede der Sicherheitsherausforderungen muss über das Rechtsstaatsprinzip eine eigene Antwort gefunden werden; für jedes konkrete Sicherheitsproblem ist eine Art „Freiheitsverträglichkeitsprüfung“ durchzuführen, die pauschale Antworten – etwa die undifferenzierte Übertragung des Vorsorgeprinzips aus dem Umweltrecht in das Recht der Inneren Sicherheit – verbietet. Das Rechtsstaatsprinzip ist insoweit ein verlässlicher Steuerungsmodus, als es auf erprobten Prämissen beruht. Dazu zählen das staatliche Gewaltmonopol, die grundrechtlich verbürgte staatliche Schutzpflicht und das freiheitswahrende grundrechtliche Abwehrrecht, die die Basis des mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnisses bilden. Im Kontext der daran wiederum anknüpfenden mehrpoligen Verhältnismäßigkeitsprüfung kann unter Berücksichtigung der rechtsstaatlichen Schnittmenge zwischen Freiheit und Sicherheit eine *rationale* Freiheitsverträglichkeitsprüfung von Sicherheitsmaßnahmen durchgeführt werden. Der wie hier konturierte Rechtsstaat ist jener Prüfstein, der verhindert, dass der – mit Blick auf die wirklich neuen Herausforderungen an die Sicherheit ja an für sich zunächst einmal legitime –Vorsorgestaat im Zuge irrationaler gesellschaftlicher Sicherheitsbedürfnisse, die aufgrund ihrer Besonderheiten (z.B. terroristische Anschläge) realistischerweise gar nicht befriedigt werden *können*, in den totalen Präventions- oder Schutzstaat abgeleitet. Nicht zuletzt deswegen dürfen die Prämissen des Rechtsstaats auch nicht durch Modelle polizeilicher Präventionskooperation mit gesellschaftlichen Gruppen (z.B. Sicherheitspartnerschaften oder „community policing“) ausgehöhlt werden.¹⁷⁰ Die „Zivilgesellschaft“ der mündigen Bürger, die ihre Selbsthilfepotentiale aktivieren (man denkt hier nicht von ungefähr sogleich an die Lynchjustiz des Wilden Wes-

¹⁷⁰ R. Pitschas, DÖV 2002, 221 ff.; M. Kötter, KJ 2003, 64 (80 f.); R. Stober, ZRP 2001, 260 ff.

tens), hat im Bereich der Sicherheit nun gerade keinen Platz¹⁷¹, hier kann und darf der Staat nicht aus seiner umfassenden Verantwortung entlassen werden. Geschähe dies dennoch, dann hätten wir in der Tat ein neues Staats- und Verfassungsverständnis, das sich vom Rechtsstaat verabschiedet hat, zu konstatieren.¹⁷² Aber das wäre dann nicht mehr der Staat des Grundgesetzes.

¹⁷¹ So aber *M. Kötter*, KJ 2003, 64 (78).

¹⁷² Vgl. dazu aber das diffuse Ergebnis von *G. J. Glaeßner*, APuZ B 10-11/2002, 3 (13): „Am Ende eines langen und schmerzhaften Prozesses wird eine neue Form von Staatlichkeit stehen. Wie diese aussehen wird ist offen. Dass aber der Staat ..., wenn er seine regulierende Rolle und sein Monopol auf legitimierte Gewaltausübung nicht endgültig an private Mächte verlieren will, einen Pakt mit denjenigen Gruppen der Gesellschaft eingehen muss, die zu einer friedlichen Konfliktregelung bereit sind, erscheint unausweichlich“.