

# **REFGOV**

***Reflexive Governance in the Public Interest***

***Theory of the Norm Unit***

**Klaus Guenther**

Working paper series : REFGOV-TNU - 4

## Weltbürger zwischen Freiheit und Sicherheit

**Klaus Günther<sup>1</sup>**

Die Globalisierung hat mit neuen Freiheiten auch neue Unsicherheiten gebracht. Wirtschaftliche Freiheitsspielräume werden größer, moderne Technologien dehnen die Kommunikationsmöglichkeiten und damit einen weiteren Aspekt der Freiheit immer weiter aus. Der größte Freiheitsgewinn läßt sich indes im Völkerrecht verzeichnen. Das Individuum wird als Subjekt der Menschenrechte selbst zu einem Völkerrechtssubjekt, das neben die souveränen Staaten als die bisher alleinigen Träger der Völkerrechtssubjektivität tritt. Am deutlichsten kommt dies im Rom-Statut über die Errichtung eines Internationalen Strafgerichtshofes zum Ausdruck. Die Gemeinschaft der Völker stellt sich schützend vor das Individuum gegen souveräne Staaten, die Menschenrechte in schwerster Weise verletzen. Damit sind die meisten Staatsbürger zugleich Weltbürger geworden. Kants optimistische Diagnose scheint nun endlich wahr geworden zu sein: "Da es nun mit der unter den Völkern der Erde einmal durchgängig überhand genommenen (engeren oder weiteren) Gemeinschaft so weit gekommen ist, daß die Rechtsverletzung an einem Platz der Erde an allen gefühlt wird: so ist die Idee eines Weltbürgerrechts keine phantastische und überspannte Vorstellungsart des Rechts, sondern eine notwendige Ergänzung des ungeschriebenen Kodex, sowohl des Staats- und Völkerrechts zum öffentlichen Menschenrechte überhaupt, und so zum ewigen Frieden, zu dem man sich in der kontinuierlichen Annäherung zu befinden nur unter dieser Bedingung schmeicheln darf."<sup>2</sup>

Dieser optimistischen Sicht auf eine "allgemein das Recht verwaltende bürgerliche Gesellschaft"<sup>3</sup> im Weltmaßstab steht nicht nur entgegen, daß sich die gegenwärtig größte und einflußreichste Weltmacht USA dieser weltbürgerlichen Relativierung ihrer Souveränität

---

<sup>1</sup> Prof. K. Guenther is "Professur für Rechtstheorie, Strafrecht und Strafprozeßrecht".at the J. W. Goethe University Frankfurt

<sup>2</sup> Kant, Zum ewigen Frieden, BA 46.

<sup>3</sup> Kant, Ideen zu einer Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, Fünfter Satz, A 394.

verweigert hat. Unter den vielen Motiven für diese Weigerung findet sich nicht zuletzt auch die Sorge, daß mit dem Verlust der eigenmächtigen Entscheidungsbefugnis über den Einsatz ihrer Gewaltmittel auch die Sicherheit eben jener freiheitlichen Lebensform bedroht sei, die doch als Verwirklichung der Kantischen Idee erscheinen mag. Die Terroranschläge vom 11. September 2001 und der aktuelle internationale Terrorismus scheinen diese Befürchtung nahezu täglich zu bestätigen. Die wahren Feinde des Weltbürgers, so die Vermutung, sind nicht mörderische Staaten, sondern Terroristen und ihre internationalen Netzwerke, *warlords*, kriminelle Regierungen ("Schurkenstaaten") sowie die organisierte Kriminalität. Vor diesen Bedrohungen flüchtet der Weltbürger wieder in den Staatsbürgerstatus, um seinen Staat zu verpflichten, geeignete Maßnahmen zum Schutz vor diesen Gefahren zu ergreifen. Die nationalen Rechtsordnungen des Westens befinden sich auf dem Wege von einem noch halbwegs rechtsstaatlichen Straf- und Polizeirecht zu einem transnationalen Sicherheitsrecht. Begonnen haben sie diesen Weg schon vor der anwachsenden terroristischen Bedrohung, für die der 11. September 2001 das markanteste Datum ist. Diese Untat fungierte nur als ein - allerdings sehr starker - Beschleuniger einer schon vorher einsetzenden Entwicklung zu einer *transnationalen Sicherheitsarchitektur*. Diese greift tief in die individuellen Freiheitsrechte ein, und zwar sowohl in die staatsbürgerlichen Grundrechte als auch in die weltbürgerlichen Menschenrechte. Die Freiheit, die dem Individuum als Weltbürger garantiert wird, scheint ihm auf der anderen Seite wieder genommen zu werden, wenn es um seine Sicherheit geht. Diese Dialektik von Freiheitsgewinn und Freiheitsverlust verdeutlicht ein Beispiel aus der Europäischen Union: Nach der Öffnung der Grenzen in den Staaten des Schengener Abkommens wurde die ursprünglich an der Grenze stattfindende Personenkontrolle in das Innere des Landes verlagert. Einige Bundesländer haben die sog. "Schleierfahndung" eingeführt, mit der die verdachtsunabhängige Personenkontrolle im Rahmen der "vorbeugenden Kriminalitätsbekämpfung" zugelassen wird. Hier geht die Erweiterung der Grenzen überschreitenden Bewegungsfreiheit (keine Kontrolle beim Passieren der Grenze) mit einem Freiheitsverlust einher (Kontrolle im Inneren auch schon vor der Schwelle des Verdachts einer Gefahr oder einer Straftat).- Im folgenden werde ich die Konturen dieser transnationalen Sicherheitsarchitektur nachzeichnen und zeigen, wie dadurch die herkömmlichen freiheitssichernden Rechtskategorien aufgelöst werden. In einem dritten Schritt werde ich nach Motiven und Erklärungen dafür suchen, warum der Vorrang der Sicherheit vor der Freiheit gegenwärtig für legitim gehalten und weitgehend akzeptiert wird.

## 1. Die transnationale Sicherheitsarchitektur

Neben dem Strafrecht fungieren als weitere Bausteine der Sicherheitsarchitektur das Polizeirecht, geheimdienstliche Maßnahmen sowie militärische Operationen. Zusammen bilden sie funktionale Äquivalente für die Herstellung einer "Raumes der inneren Sicherheit", dessen Außengrenze nicht mehr von nationalen Grenzen, sondern von der Gesamtheit der Staaten gezogen wird, die gemeinsam das gleiche Ziel der Sicherheitsgewähr verfolgen. So verpflichtet sich die Europäische Union in einer auffälligen Doppelnennung gem. Art. 29 EU-Vertrag auf das Ziel, „den Bürgern in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein hohes Maß an Sicherheit zu bieten, indem sie ein gemeinsames Vorgehen der Mitgliedsstaaten im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen entwickelt(...)“. Hier ist die Ausrichtung des Strafrechts auf Sicherheitsgewähr bereits vollzogen. Sie wird bestätigt durch den *Entwurf eines Vertrages für eine Verfassung für Europa*, in dessen Artikel III-158 die Union verpflichtet wird, die Zusammenarbeit von Polizeibehörden und Organen der Strafrechtspflege zu koordinieren, um "ein hohes Sicherheitsniveau zu gewährleisten." Der "Raum der Freiheit, Sicherheit und des Rechts" gehört zu den Zielbestimmungen der Union (Teil I, Art. 3); und in der Grundrechtscharta werden Freiheit und Sicherheit in einem Atemzuge genannt: Art. II-6 lautet: "Jeder Mensch hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit."

Die Wahl des Mittels für die Herstellung dieses Raumes der Sicherheit richtet sich nicht nach Prinzipien und deren Anwendungsbedingungen, sondern nach dem gebotenen hohen Sicherheitsniveau als Zweckbestimmung und den jeweiligen Gefahrlagen und Opportunitäten als Randbedingungen. Die Gefahren, gegen welche eine transnationale Sicherheitsarchitektur errichtet wird, sind die organisierte Kriminalität und, seit dem 11. September 2001 eine bereits begonnene Entwicklung intensivierend und beschleunigend, der internationale Terrorismus. Seither ist von Strafrecht fast nur noch im Zusammenhang mit innerer Sicherheit die Rede, und jede Strafrechtsreform ist eingebettet in ein Maßnahmenbündel, das außerdem noch das Polizei- und Ordnungsrecht sowie die Geheimdienste und inzwischen auch das Militär umfaßt. Dabei werden Grenzen und Befugnisse in jedem Rechtsbereich immer weiter ausgedehnt. Im Polizeirecht, das zu verhältnismäßigen Maßnahmen der Abwehr von konkreten Gefahren ermächtigt, wird die Eingriffsschwelle weit in das Vorfeld eines Gefahrverdachts verlagert und nur noch von der subjektiven Gefahreinschätzung der Gefahrenabwehrbehörden abhängig gemacht. Die Ausweitung des Strafrechts in das Vorfeld

einer Rechtsgutsverletzung hat bereits vor längerer Zeit begonnen. Der Kampf gegen die organisierte Kriminalität war zudem das Einfallstor für einschneidende Verschärfungen des materiellen Strafrechts und des Strafverfahrensrechts (Gesetz zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität von 1992). Dies hat inzwischen zu einer Sektoralisierung des Strafverfahrensrechts geführt: Bei den Ermittlungen gegen organisierte Kriminalität ist mehr erlaubt, darf tiefer und umfassender in Grundrechte eingegriffen werden, als in anderen Fällen. Im Mittelpunkt der öffentlichen Aufmerksamkeit stand die Einführung des sog. "Großen Lauschangriffs" (das Abhören von privaten Wohnungen), der sowohl in den Polizeigesetzen der Länder als auch in der Strafprozeßordnung eingeführt wurde. Die Fairneß des Verfahrens sinkt proportional mit dem Organisationsgrad der verfolgten Kriminalität. Außerdem ist die Verschränkung von präventiver Gefahrenabwehr und repressiver Strafverfolgung intensiviert worden, der sich bereits vorher abzeichnende „Spurwechsel“ zwischen präventiver Gefahrenabwehr und repressiver Strafverfolgung wird fest verankert: Bei der präventiven Kriminalitätsbekämpfung erlangte Erkenntnisse dürfen auch im Ermittlungsverfahren, und dies schon lange vor der Schwelle des Anfangsverdachts, verwendet werden. Schließlich sind die Grenzen nicht nur zwischen Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden, sondern auch zwischen diesen und den Geheimdiensten eingerissen worden: Der Bundesnachrichtendienst darf nach seinen Erkenntnissen Strafverfahren einleiten (Art. 1 § 1-3 G10).<sup>4</sup> Dies ist ein Indiz dafür, daß der Kampf gegen die Organisierte Kriminalität längst auch mit geheimdienstlichen und militärischen Mitteln geführt wird. Die einstmals kritisch gemeinte Beschreibung dieses Wandels als "Feindstrafrecht" hat längst eine affirmative Bedeutung gewonnen.<sup>5</sup> Man sollte daher endlich die Fiktion eines einheitlichen Strafrechts und erst recht einer einheitlichen Strafprozeßordnung aufgeben. Faktisch gibt es längst vollkommen verschiedene Strafverfahrensrechte, die ihrerseits wiederum nur Bausteine einer transnationalen Sicherheitsarchitektur sind.

---

<sup>4</sup> S. die zusammenfassende Darstellung bei: Peter-Alexis Albrecht, Die vergessene Freiheit, S. 96f.

<sup>5</sup> Zur Entwicklung eines an militärischen Kategorien sich orientierenden "Feind-Strafrechts" angesichts (vermeintlicher) globaler Gefährdungen durch Kriminalität s. Günther Jakobs: „Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart“, in: A. Eser/W. Hassemer/B.Burkhardt (Hrsg.): Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München 2000, S. 46ff.

Soweit mehrere Staaten gemeinsam und in koordinierter Weise ihr jeweiliges nationales Recht in diesem Sinne in eine gleiche Richtung reformieren, läßt sich von einer Transnationalisierung sprechen. Diese zeigt sich weniger in einer gemeinsamen, supranational geltenden Rechtsgrundlage und auch nicht in der Errichtung einer allmächtigen Sicherheitsbehörde, als vielmehr in der Form einer *intergouvernementalen Koordination und Zusammenarbeit*. Regierungen verabreden, jeweils gleichartige und aufeinander abgestimmte Maßnahmen der präventiven und repressiven Kriminalitätsbekämpfung zu ergreifen, so daß es zwar bei der jeweiligen nationalen Gesetzgebungssouveränität bleibt. Deren Ergebnisse jedoch passen so zusammen, daß funktional ein homogenes transnationales Sicherheitsrecht entsteht. Zudem entstehen intergouvernementale Netzwerke durch die von den Regierungen initiierte transnationale Zusammenarbeit der Geheimdienste, Polizei- und Strafverfolgungsbehörden, vor allem beim Austausch von Informationen. Diese Netzwerke bestehen aus einem Verbund von verschiedenen staatlichen Behörden, sowohl innerstaatlich als Verbund zwischen Polizei-, Strafverfolgungs-, Geheimdienst- und Militärbehörden, als auch transnational als Verbund über die nationalen Grenzen hinweg.

Steht diese Entwicklung nicht im Widerspruch zu dem oben konstatierten Bedeutungsverlust nationalstaatlicher Souveränität durch die menschenrechtliche Relativierung? Der neuzeitliche Souveränitätsbegriff setzte nicht nur ein letztes und höchstes Entscheidungsmonopol in der Gesetzgebung voraus, sondern auch ein Monopol der letzten Verfügung über Gewaltmittel. Allerdings wird das militärische und polizeiliche Gewaltmonopol zusammen mit dem Monopol über Vollstreckung und Vollzug der Strafe zunehmend von seiner Verankerung im mystischen Grund einer nationalen Souveränität gelöst und gleichsam sicherheitstechnisch rationalisiert. Die Sicherheitsfunktion des Staates läßt sich vom territorialen Nationalstaat entkoppeln; daß sie im Augenblick noch zusammenfallen, scheint nur ein Übergangsphänomen zu sein. Der Staat wandelt sich in dieser Funktion zu einer *Sicherheitsagentur*, die mit anderen Anbietern von Sicherheitsdiensten konkurriert und kooperiert. Dazu zählen private Sicherheitsdienste, die sich zunehmend transnational organisieren, sowie die intergouvernementalen Netzwerke und Kooperationen, die sich ebenfalls zunehmend deutlicher unter die alleinige Funktion der Sicherheitsgewähr stellen. Die staatliche Sicherheitsagentur bewältigt nicht qualitativ andere, sondern nur quantitativ größere und komplexere Sicherheitsaufgaben als private Sicherheitsdienste. Deshalb gehen Nationalstaaten auch immer mehr dazu über, Sicherheitsaufgaben zu privatisieren, vor allem

die präventive Gefahrenabwehr. Dies trifft inzwischen auch schon für die Gewähr der äußeren Sicherheit zu, wie der Einsatz privater Sicherheitsdienste durch die US-Regierung im Irak zeigt. Überall dort, wo der Staat Sicherheit nicht mehr gewähren kann oder will, steigt die Nachfrage nach privaten Sicherheitsdiensten. Freilich haben die marktförmige Organisation und die Kommerzialisierung der Sicherheit zur Folge, daß sie unter die Imperative des ökonomischen Systems gerät. Sicherheit wird zu einem knappen und kostspieligen Gut, das sich nur leisten kann, wer zahlt. Sicherheit wird ungleich verteilt. Die staatliche Sicherheitsgewähr unterscheidet sich davon immerhin noch durch das Gebot der Gleichbehandlung - auch wenn es faktisch mehr oder weniger große Unterschiede in der Selektivität geben mag, mit denen die einen vor Gefahren geschützt werden und die anderen nicht. Entscheidend ist jedoch, daß der Staat als Sicherheitsagentur ebenso eine Nachfrage nach Sicherheit bedient wie private Sicherheitsdienste, mit dem einzigen Unterschied, daß er dafür keine monetäre, sondern eine politische Prämie erhält.. Wer Sicherheit politisch nachfragt und stark genug ist, um ihre Gewährleistung auch politisch zu belohnen - z.B. durch die Mehrheit der Stimmen bei der nächsten Wahl - bekommt ein entsprechendes "Sicherheitspaket." Formell mag das Sicherheitsrecht noch an eine nationale Gesetzgebung und eine den Gesetzen unterworfenen Exekutive gebunden bleiben, materiell hat sie sich davon längst gelöst und ist zu einer fast beliebig einsetzbaren Serviceleistung geworden. Eine staatliche Sicherheitsgewähr in Konkurrenz und in Kooperation mit privaten Sicherheitsdiensten sowie in einem transnationalen Verbund mit anderen Staaten unterscheidet sich elementar von jener Hobbes'schen Konzeption, nach welcher die staatliche Sicherheitsgewähr geradezu der Existenzgrund der staatlichen Souveränität ist.

## 2. Die Auflösung rechtlicher Kategorien

In der an den 11.September 2001 anschließenden Diskussion über das angemessene Verhältnis von Freiheit und Sicherheit hat die Sicherheit eindeutig den Vorrang erhalten.<sup>6</sup> Die

---

<sup>6</sup> Zur Kritik an dieser falschen Entgegensetzung mit Blick auf die entsprechende Diskussion in den USA s. Ronald Dworkin, The Threat of Patriotism, in: The New York Review of Books, vol. XLIX, no. 3 (Feb. 28<sup>th</sup>, 2002), S. 44-49, insbes. S. 48f.

kriminalpolitischen Konsequenzen bekräftigen den schon vorher eingeschlagenen Weg zur Emergenz eines transnationalen Sicherheitsrechts. Zur Sicherheitsarchitektur hinzu gekommen ist der präventive Angriffskrieg, überhaupt der Einsatz militärischer Gewaltmittel - über den bis dahin bekannten Fall der humanitären Intervention hinaus. Der funktionale Verbund von Strafverfolgungs- und Polizeibehörden sowie Geheimdiensten erweitert sich um das Militär. Der Krieg in Afghanistan ließ sich sowohl als vergeltende Strafaktion, als Strafverfolgungsmaßnahme gegen die Hintermänner der Attentäter vom 11. September, als präventive Polizeimaßnahme zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus und damit zur Verhinderung künftiger Anschläge, sowie als Präventivkrieg zur Abwehr von Gefahren bereits im Vorfeld rechtfertigen. Diese verschiedenen Rechtfertigungen - von ihrer äußerst fragwürdigen Überzeugungskraft einmal abgesehen<sup>7</sup> - neutralisieren sich hinsichtlich ihrer rechtlichen Voraussetzungen und Konsequenzen wechselseitig. Die rechtlichen Kategorien lösen sich auf und mit ihnen sowohl die Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten, die Pflichten und die Zurechnung ihrer eventuellen Verletzung, sowie die Wege, auf denen die Ausübung der rechtlichen Ermächtigungen gerichtlich kontrolliert werden kann. Eine Polizeiaktion wäre an die Voraussetzungen des Polizeirechts gebunden, an das Vorliegen einer Gefahr und an die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs mit einer Kontrolle durch Verwaltungsgerichte; eine Strafverfolgungsmaßnahme wäre an das Vorliegen eines Tatverdachts gebunden und unterläge ebenfalls dem einschränkenden Prinzip der Verhältnismäßigkeit, mit entsprechenden gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten; eine Strafaktion dürfte nicht ohne faires Verfahren mit vorher bestimmten Reaktionen stattfinden, und auch die Strafe selbst müßte angemessen und dürfte nicht übermäßig sein, vor allem dürfte sie jedoch nur die Schuldigen und nicht Unschuldige als sog. "Kollateralschäden" treffen. Ein präventiver Verteidigungskrieg könnte sich zwar in weniger eng umgrenzten rechtlichen Räumen bewegen, doch hat das humanitäre Völkerrecht inzwischen eine Reihe von militärischen Maßnahmen, insbesondere bei der Behandlung von Gefangenen und beim Umgang mit der Zivilbevölkerung, unter Verbot gestellt.

Sinnfällig wird die Auflösung rechtlicher Abgrenzungen an der Behandlung der Gefangenen an der Guantanamo Bay in Kuba: Ihr Status ist völlig unklar, die Zuschreibungen wechseln

---

<sup>7</sup> Kritisch dazu: Corelius Prittwitz, Krieg als Strafe - Strafe als Krieg, in: Cornelius Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, a.a.O., S. 499-514.

von Strafgefangenen zu Kriegsgefangenen oder präventiv Internierten - je nach dem, welche Rechtfertigung man gerade braucht und welche Kritik man abweisen will. Mit der Neuschöpfung des Status des "unrechtmäßigen Kombatanen" ("illegal combatant") scheint die US-Administration alle herkömmlichen Zuschreibungen mit den daran anknüpfenden Rechten umgehen zu wollen.<sup>8</sup> Als das US-Militär Saddam Hussein gefangen genommen hatte, wurde dies mit der Bemerkung "We've got him!" der Öffentlichkeit bekanntgegeben - so, wie die Strafverfolgungsbehörden die Festnahme eines verdächtigen Straftäters melden. Unter diesem Aspekt wäre der Irak-Krieg eine große Strafverfolgungsmaßnahme gewesen. Wiederum anders verhält es sich mit der neuen Doktrin des präventiven Angriffskrieges. Für sie werden ähnliche Argumente vorgetragen wie für Maßnahmen der polizeilichen Gefahrenabwehr, mit der gleichen Tendenz zur Vorverlagerung und Subjektivierung der polizeilichen Eingriffsschwelle in das von der Polizei nach ihrer subjektiven Einschätzung bestimmte Vorfeld eines Gefahrverdachts. So heißt es in der Bush-Doktrin über den präemptiven Gebrauch von Gewaltmitteln: „Je größer die Bedrohung, desto größer das Risiko, das aus Tatenlosigkeit erwächst – und desto zwingender das Argument für antizipierende Aktionen zur Selbstverteidigung, selbst wenn Unsicherheit darüber besteht, wann und wo der Feind angreifen wird.“<sup>9</sup> Diese Doktrin liest sich zugleich wie die Kernaussage des neuen transnationalen Sicherheitsrechts.

In der oben beschriebenen Form der intergouvernementalen Koordination sind außerdem in mehreren Schüben neue Sicherheitsgesetze erlassen worden, mit denen die oben beschriebenen Entwicklungen gebündelt und fortgeschrieben werden. Exemplarisch lässt sich dies an den beiden deutschen „Sicherheitspaketen“ demonstrieren, deren einzelne Maßnahmen in den vergangenen beiden Jahren beschlossen wurden. Mit der Einfügung eines neuen § 129b in das Strafgesetzbuch, der den Straftatbestand der Bildung einer terroristischen Vereinigung auf das Ausland ausdehnt, aber die Verfolgung gleichzeitig an eine Ermächtigung durch die Exekutive (Bundesjustizminister) und diese an so vage

---

<sup>8</sup> S. dazu George P. Fletcher, *Romantics at War: Glory and Guilt in the Age of Terrorism*, Princeton 2002.

<sup>9</sup> Dokumentation der neuen Bush-Doktrin, Frankfurter Rundschau v. 28. 9. 2002, S. 14; zur Subjektivierung der polizeirechtlichen Eingriffsvoraussetzungen s. Ralf Poscher, *Gefahrenabwehr – Eine dogmatische Rekonstruktion*, Berlin 1999.

Voraussetzungen wie die Missachtung „des Gedankens der Völkerverständigung“ bindet, ist die enge Vernetzung von Strafrecht und Exekutive verstärkt worden. Vor allem jedoch sind die Kontroll- und Auskunftserlangungsbefugnisse der Behörden erweitert worden. In der Folge davon gibt es nur noch organisationspragmatische Gründe für eine institutionelle Trennung von Militär, Geheimdiensten, Polizei und Strafverfolgung. Erhard Denninger spricht in diesem Zusammenhang bereits von einem „funktionalen präventiven Fahndungsverbund zwischen den Nachrichtendiensten und der Polizei auf dem Feld der Terrorismusbekämpfung.“<sup>10</sup> Für die staatliche Sicherheitsagentur ist zwar die monopolistische Verfügung über Gewaltmittel immer noch wesentlich, doch wird das Ziel einer vor die Schwelle des Gefahrverdachts verlagerten präventiven Terrorismusbekämpfung vor allem durch umfassende Informationsbeschaffung, -speicherung und -weitergabe erreicht. Der funktionale präventive Fahndungsverbund besteht denn auch vor allem in organisatorischen und rechtlichen Regelungen einer auf die verschiedenen Sicherheits-, Ordnungs- und Strafverfolgungsbehörden sowie die Geheimdienste verteilten Befugnis zur Datenerhebung sowie eines ungehinderten Datenflusses zwischen ihnen.<sup>11</sup> Damit wird tief in die Freiheitsgrundrechte der Bürger eingegriffen, vor allem in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Der rechtsstaatlich notwendige Rechtsschutz gegen Grundrechtseingriffe bleibt ihnen in den meisten Fällen versagt, weil sie wegen der notwendigen Heimlichkeit der Maßnahmen davon nichts erfahren, so dass auch eine freiheitssichernde rechtliche Kontrolle weitgehend ausgeschlossen bleibt. Auch dadurch wird die Freiheit der Bürger eingeschränkt. Schließlich gerät auch die freiheitssichernde Funktion der Gewaltenteilung in Gefahr, wenn staatliche Behörden, die absichtlich auf verschiedenen staatlichen Ebenen angesiedelt sind (z.B. der Nachrichtendienst auf Bundesebene, die Polizei- und die Strafverfolgungsbehörden auf Landesebene) durch einen Informationsverbund zusammengeschlossen werden und wenn die Nachrichtendienste sogar Ermittlungsbefugnisse erhalten. Die Trennung der Funktionen und Behörden der Gefahrenabwehr, Strafverfolgung sowie der nachrichtendienstlichen und militärischen Aufklärung gehört zu den elementaren Prinzipien einer freiheitssichernden

---

<sup>10</sup> Erhard Denninger, Freiheit durch Sicherheit? Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgesetz, in: Strafverteidiger 2002, S. 96-102 (S. 99).

<sup>11</sup> Vgl. dazu im einzelnen Oliver Lepsius, Freiheit, Sicherheit, Terror, in: Leviathan 2004, S. 84-88 (S. 74ff.). Kritik am rechtsstaatlichen Trennungsgebot, soweit es nicht nur die Eingriffsbefugnisse, sondern auch den Informationsaustausch zwischen Strafverfolgungs-, Polizei- und Geheimdienstbehörden umfaßt, bei: Kay Nehm, Das nachrichtendienstliche Trennungsgebot und die neue Sicherheitsarchitektur, in: Neue Juristische Wochenschrift 2004, S. 3289ff.

Gewaltenteilung. Es ist lediglich die netzwerkartige Struktur aus verschiedenen Behörden, die verschiedenen Staatsgewalten zuzuordnen sind, worin sich der funktionale Fahndungsverbund von einem zentralisierten Sicherheitsamt unterscheidet.

### 3. Warum Sicherheit vor Freiheit?

Obwohl das sich herausbildende, überwiegend noch durch nationalstaatliche Gesetzgebung vermittelte transnationale Sicherheitsrecht tief in die jeweiligen Grund- und Menschenrechte der Bürgerinnen und Bürger eingreift, ihren Rechtsschutz gegen staatliche Grundrechtseingriffe schmälert und sie der kumulierten Eingriffsmacht eines staatlichen, transnationalen Sicherheitsnetzwerks aussetzt, wird es von ihnen überwiegend nicht als Beschränkung ihrer Rechte empfunden oder als eine solche widerstandslos hingenommen. Der Verdacht liegt nahe, daß massenmedial inszenierte Bedrohungen sie zuerst zum Opfer irrationaler Ängste werden läßt, die dann auch noch von populistisch agierenden Politikern für ihre eigenen Interessen ausgebeutet werden, oder daß sie ihre eigenen Freiheitsrechte schlicht "vergessen" haben.<sup>12</sup>

Michael Ignatieff hat jedoch davor gewarnt, die Mehrheit, die solche Maßnahmen zur Beschränkung der Freiheitsgrundrechte befürwortet oder hinnimmt, schlicht für dumm oder vergeßlich zu halten. "Unless we assume that the public are dupes, we need to consider the possibility that strong measures, harmful to civil liberties, actually appeal to majority opinion."<sup>13</sup> Der Grund für die Hinnahme von Freiheitseinschränkungen dürfte vielmehr darin liegen, daß dieses Sicherheitsrecht unter dem Titel eines Sicherheitsversprechens der "guten" Bürger gegen die "bösen" in einem internationalen Kampf gegen die organisierte Kriminalität und den internationalen Terrorismus firmiert. Man ist bereit, Freiheitseinschränkungen in Kauf zu nehmen, weil man Anlaß zu der Erwartung hat, man werde als "guter" Bürger ohnehin nicht davon betroffen. Die Autoren der Sicherheitsgesetze brauchen sich nicht mehr

---

<sup>12</sup> S. dazu Peter-Alexis Albrecht, Die vergessene Freiheit, a.a.O.

<sup>13</sup> Michael Ignatieff, *The Lesser Evil - Political Ethics in an Age of Terror*, Pinceton and Oxford 2004, S. 59.

vorzustellen, welche Folgen ihre Entscheidung für sie selbst in der Rolle des Gesetzesadressaten haben würde, weil sie Gründe für die Annahme zu haben glauben, daß sie selbst niemals in diese Lage geraten werden. "A majority of citizens is unlikely to bear any of the direct costs of abridgment."<sup>14</sup> Im Sinne eines Kosten-Nutzen-Kalküls ist man vermutlich bereit, ein hohes Ausmaß *potentieller* Freiheitseinschränkungen hinzunehmen, wenn dadurch *reale* Freiheitsspielräume insgesamt vergrößert oder stabilisiert werden können - vorausgesetzt, die potentiellen Freiheitseinschränkungen werden nur für die "schwarzen Schafe" der Minderheit real, aber nicht für die Mehrheit derjenigen, die faktisch von den erweiterten und gesicherten Freiheitsspielräumen profitieren. Dies gilt zumal dann, wenn es sich um wirtschaftliche Freiheiten handelt, während die sicherheitsrechtlichen Einschränkungen nur die klassischen bürgerlichen Freiheiten betreffen.

Damit wird freilich der Gesellschaftsvertrag gekündigt. Eine solche Gesetzgebung verletzt eine Grundregel, die der Unterscheidung zwischen Mehrheit und Minderheit im Prozeß der demokratischen Gesetzgebung zugrunde liegt. Kant hatte diese Grundregel als definierendes Merkmal der *republikanischen Verfassung* bezeichnet, deren Errichtung in allen Staaten eine der notwendigen Bedingungen für den Ewigen Frieden ist (Erster Definitivartikel). Es ist die Regel der Unparteilichkeit oder Reziprozität der Gesetzgebung, welche die *Freiheit und Gleichheit* der Staatsbürger garantiert. Nach Kant ist äußere rechtliche *Freiheit* "die Befugnis, keinen äußeren Gesetzen zu gehorchen, als zu denen ich meine Beistimmung habe geben können", Gleichheit in einem Staate "dasjenige Verhältnis der Staatsbürger, nach welchem keiner den anderen wozu rechtlich verbinden kann, ohne daß er sich zugleich dem Gesetz unterwirft, von diesem wechselseitig auf dieselbe Art auch verbunden werden zu können."<sup>15</sup> Diese Grundregel funktioniert nicht mehr, wenn ich vorhersehen kann, daß das freiheitseinschränkende Gesetz nicht mich, sondern nur andere treffen wird. Dies kann durchaus unter dem Deckmantel eines allgemeinen, für unbestimmt viele Fälle und unbestimmte viele Personen, d.h., für alle Staatsbürger gleich geltenden Gesetzes geschehen. Die semantische Allgemeinheit des Gesetzes vermag dessen selektive und diskriminierende Anwendung nicht zu verhindern. Wenn ein Gesetz, das das staatliche Abhören von

---

<sup>14</sup> Ignatieff, a.a.O., S. 59 u. 61.

<sup>15</sup> Kant, Zum ewigen Frieden, Erster Definitivartikel zum ewigen Frieden, BA 21 (Anm.)

Privatwohnungen erlaubt, faktisch nur eine Minderheit trifft, so wie ein Gesetz, das Ausländer besonderen Überwachungsmaßnahmen unterwirft, dann läßt sich für die Mehrheit vorhersehen, daß sie von dem Gesetz nicht betroffen sein wird, daß niemand sie wechselseitig zu dem gleichen Gesetz verbinden kann. Das allgemeine Gesetz wird dann zu einem Instrument der Herrschaft einer Mehrheit über eine Minderheit.

Nun hatten weder Kant noch die anderen Anhänger dieser republikanischen Tradition von Rousseau bis zu John Rawls je behauptet, daß dieser Unparteilichkeitstest auch real funktionieren müsse. Es genügt die hypothetische Selbstanwendung des freiheitsbeschränkenden Gesetzes, um zu prüfen, ob es illegitime Privilegierungen oder Diskriminierungen ermöglicht. Diese hypothetische Selbstanwendung versagt jedoch immer dann, wenn hinter den Schleier des Nichtwissens blicken kann und weiß, daß mich das Gesetz zwar formell, jedoch aus tatsächlichen Gründen gar nicht wird treffen können. Franz Neumann hatte in seiner berühmten und umstrittenen Abhandlung über den *Funktionswandel des Gesetzes in der bürgerlichen Gesellschaft* aus dem Jahre 1937 in der Instrumentalisierung der Allgemeinheit des Gesetzes für partikulare Interessen das wesentliche Merkmal des Monopolkapitalismus vermutet.<sup>16</sup> Gegenwärtig scheint es so zu sein, daß die jeweilige Mehrheit der Gesellschaft das allgemeine Gesetz zur Verteidigung ihrer Lebensform gegen Lebensformen von Minderheiten instrumentalisiert. Es zeichnet sich eine *Ethisierung* des allgemeinen Gesetzes ab. Was die Mehrheit auf diese Weise schützt, ist ihr partikulares Verständnis von Freiheitsrechten, ist ihre freiheitliche Lebensform. Dieses Verständnis ist selektiv, es schätzt bestimmte Aspekte der Freiheit höher als andere. Nur Eingriffe in jene, nicht aber in diese Aspekte der Freiheit werden als illegitim zurückgewiesen.

Um welche Aspekte der Freiheit es sich dabei handelt, wird an dem einfachen Beispiel deutlich, dass eine Steuererhöhung gegenwärtig als intensiverer Freiheitseingriff wahrgenommen wird als der große Lauschangriff in Privatwohnungen oder die oben erwähnten freiheitseinschränkenden Maßnahmen im Rahmen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes. Der bei den Menschenrechten konstatierte Seitenwechsel

---

<sup>16</sup> Franz Neumann, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, in: ders.: *Demokratischer und autoritärer Staat*, Frankfurt am Main 1967, S. 7-57.

des Staates, der aus seiner ursprünglichen Rolle als Garant und geborener Gegner der Menschenrechte zu deren Protektor gegen Dritte geworden ist, läßt sich auch im innerstaatlichen Straf- und Polizeirecht nachzeichnen. Der strafende und Gefahren abwehrende Staat wird allgemein nicht als potentieller Zerstörer der Freiheit, sondern als ihr immer zu wenig unternehmender Beschützer empfunden. Die Bedrohungen der Freiheit, die von Dritten ausgehen, werden für schwerwiegender gehalten als die durch eine lange historische Erfahrung überlieferten willkürlichen Eingriffe des Staates. Das Freiheitsverständnis wandelt sich von einer rechtlich gesicherten Freiheit als subjektives Recht zu einer staatlich gegen Angriffe von außen geschützten freiheitlichen Lebensform. Diesem Wandel möchte ich am Beispiel seiner Auswirkungen auf ein gesetzliches Strafrecht, das bisher als ein gleiche Freiheit ermöglichendes und schützendes Recht verstanden wurde, im folgenden mit wenigen Stichworten nachgehen.

Das moderne Freiheitsbewußtsein entwickelt sich historisch aus zumeist negativen Erfahrungen mit einem Staat, der gleichsam von seiner Natur aus (kraft Verfügung über das Gewaltmonopol und dominantem Interesse an Selbsterhaltung) danach strebt, die Freiheit des einzelnen zu beschränken. Waren es ursprünglich vor allem Eingriffe in die Glaubensfreiheit, an denen sich das moderne Freiheitsbewußtsein schärfte, rückten später die abolutistische Staatswillkür (willkürliche Verhaftungen, *lettres de cachet*) und die staatliche Regulierung der wirtschaftlichen Freiheit bis ins kleinste Detail (Merkantilismus, Kampf um die Gewerbefreiheit) in den Vordergrund. Auch hier gilt schon, daß die Befreiung aus diesen Verhältnissen eines paternalistischen Fürsorgestaates zugleich als Bedrohung wahrgenommen wurde (Widerstand der Zünfte). Schließlich kamen im 19. Jahrhundert die Beschränkungen der Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit hinzu. An diesen wenigen markanten, gewiß nicht vollständig aufgezählten Stationen der historischen Entwicklung des modernen Freiheitsbewußtseins wird hinreichend deutlich, daß sich die Semantik der Freiheit im wesentlichen aus dem Konflikt mit dem Staat speist.<sup>17</sup> Phänomenologisch handelt es sich bei

---

<sup>17</sup> Für einen ausführlicheren Überblick s. Dieter Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1987; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1976.

der modernen Freiheit um eine *gegen* den Staat erkämpfte Freiheit.<sup>18</sup> Diese historischen Erfahrungen mögen erklären, warum den Strafgesetze gebenden Bürgern der Rollenwechsel von den Autoren in die Adressaten der Gesetzgebung wenigstens noch partiell gelang. Man konnte auch als "guter" Bürger negative Erfahrungen mit dem strafenden Staat machen, weil man einer Versammlung angehörte, die kurzerhand verboten wurde oder Meinungen äußerte, die als hochverräterisch gebrandmarkt und verfolgt wurden.

In Auseinandersetzung mit und gegen den Staat entwickelt sich das Freiheitsverständnis des Liberalismus: Eine sich selbst autonom, vor allem über Markt und Wettbewerb regulierende Gesellschaft bedarf des Staates nur, um den Rahmen der Selbstregulierung, gleiche Freiheit durch allgemeine Gesetze (vor allem Eigentums- und Vertragsfreiheit) und äußere Sicherheit, zu gewährleisten.<sup>19</sup> Deshalb gelten das Freiheitsrecht sowie die damit verbundenen Rechte als vorstaatlich, das Freiheitsrecht ist nach Kant das einzige *angeborene* Menschenrecht.<sup>20</sup> Der Staat mit seinem Sicherheit gewährleistenden Gewaltmonopol kann daher nur auf dem Wege einer freiwilligen und wechselseitigen Einschränkung (oder Übertragung) dieses Freiheitsrechts gegründet und legitimiert werden. Er positiviert zwar das Freiheitsrecht in seinen vielfältigen Erscheinungsformen, doch dient das objektive Recht letztlich nur der Konkretisierung und vor

---

<sup>18</sup> Mit deutlicher Akzentuierung des Gegensatzes zum Freiheitsverständnis der Antike: Benjamin Constant, *De la liberté des anciens comparés à celle des modernes* (1819), in: ders., *De l'esprit de conquête et de l'usurpation*, Paris 1986, S. 265-291. Daß das antike Freiheitsverständnis gleichwohl für die Selbstkonstituierung der modernen republikanischen Zivilgesellschaft gegen den paternalistischen Fürsorgestaat eine zentrale Rolle spielte, zeigt Quentin Skinner, *Liberty before Liberalism*, Cambridge/UK 1998.

<sup>19</sup> S. dazu die präzise Zusammenfassung von Rudolf Wiethölter, Art. "Bürgerliches Recht", in: Axel Görlitz (Hrsg.), *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, Bd. 1, Reinbek b. Hamburg 1974, S. 47-54.

<sup>20</sup> Kant, *Metaphysik der Sitten*, AB 45 (Ed. Weischedel, S. 345); ders., *Zum Ewigen Frieden*, BA 21 (Anm.), (ed. Weischedel, S. 204).

<sup>21</sup> Kant, *Metaphysik der Sitten*, AB 45 (Ed. Weischedel, S. 345); ders., *Zum Ewigen Frieden*, BA 21 (Anm.), (ed. Weischedel, S. 204).

allem der Durchsetzung des subjektiven Rechts auf Freiheit. Ausschließlich dieser Bezug auf das Recht gibt der Sicherheit ihre Bedeutung. "Sicherheit" besteht primär in der gleichmäßigen, erwartbaren und kalkulierbaren Gewährleistung des gleichen Rechts auf Freiheit. Nichts anderes meinen die vor allem in den französischen Menschenrechtserklärungen aus der Zeit der Revolution von 1789 anzutreffenden Nennungen des Wortes "Sicherheit." Gerichtet ist dieses Sicherheitsverlangen gegen den Staat, der stets dazu disponiert ist, seine Macht zu mißbrauchen, willkürlich in legitime Freiheitssphären einzugreifen und damit das gleiche Recht auf Freiheit unsicher zu machen.<sup>22</sup> Das vorstaatliche Freiheitsrecht ist die Schranke des Staates und konstituiert den Status einer gleichen und freien Rechtsperson.

Die Geschichte der modernen, diesem Freiheitsverständnis folgenden Industriegesellschaften offenbart freilich auch schnell dessen Defizite: Individueller Freiheitsgebrauch erzeugt neue Risiken, die nicht vom einzelnen, sondern nur von der Gesellschaft als Ganze aufgefangen werden können. Dies gilt insbesondere für die sozialen Folgen des freien ökonomisch-rationalen Handelns. Die individuellen Freiheitsspielräume sind zwar formal gleich verteilt, setzen aber den Zugang zu materiellen Ressourcen voraus, um von ihnen auch faktisch Gebrauch machen zu können. Dieser Zugang ist wiederum ungleich verteilt. Weiterhin ist die individuelle Freiheit von individuell nicht steuerbaren Gefahren bedroht: Unfall, Krankheit, Arbeitslosigkeit, Alter. In Reaktion auf diese sich zu sozialen Instabilitäten auswachsenden Gefährdungen wird der Staat zum Interventionsstaat, der durch Umverteilung soziale Gleichheit herstellt, damit individuelle Freiheit nicht nur normativ, sondern auch faktisch gleich ausgeübt werden kann.<sup>23</sup> Um über ausreichende Ressourcen für die staatliche Umverteilung verfügen zu können, wird der Staat später auch selbst ökonomisch tätig - er übernimmt die wirtschaftliche Rahmensteuerung: Investitionen, Subventionen, staatliche Unternehmen und Banken. Mit steigender Staatsquote wird die Trennung von Staat und (sich im wesentlichen selbst regulierender) Gesellschaft obsolet. Auf diese Weise wird der Staat

---

<sup>22</sup> Erhard Denninger, Thesen zur "Sicherheitsarchitektur", insbesondere nach dem 11. September 2001, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2003, S. 313ff, Dritte These (S. 317f.).

<sup>23</sup> S. dazu zusammenfassend die Beiträge in: Michael Stolleis, Konstitution und Intervention, Frankfurt am Main 2001.

aus einem Gegner zum Garanten der Freiheit. Damit verändert sich die allgemeine, das Verständnis konkret prägende Erfahrung von Freiheit: Von der selbst erkämpften, vom Staat nur in ihren äußeren Grenzen durch abstrakte, allgemeine, vorhersehbare und bestimmte Gesetze geschützten Freiheit zur staatlich konstituierten Freiheit. Soziale Sicherheit wird dann schnell zur umfassenden Sicherheit vor allen Risiken und Gefahren, deren Garantie vom Interventionsstaat erwartet wird.<sup>24</sup> Kriminalität wird im wohlfahrtsstaatlichen Paradigma ebenfalls als ein im wesentlichen *soziales Problem* gedeutet, auf das der Interventionsstaat mit seinen spezifischen Mitteln reagiert.<sup>25</sup> Entsprechend wurde Kriminalität kausal durch die psychischen und gesellschaftlichen Umstände erklärt, die den Delinquenten zu dem gemacht haben, was er zum Zeitpunkt seiner Straftat ist. Vor allem soziale Ungleichheit mit ihren deprivierenden, marginalisierenden und diskriminierenden Folgen galt als wichtigster Kausalfaktor für die Erklärung abweichenden Verhaltens.<sup>26</sup> Entsprechend sollte die Reaktion auf Kriminalität nicht nur die Gesellschaft schützen, sondern im wesentlichen eine defizitäre Sozialisation nachholen und kompensieren (Resozialisierung). Auch hier war der Rollenwechsel zwischen Strafgesetze gebenden Bürgern und Adressaten noch möglich. Der Delinquent gehört an sich zur Gesellschaft, er ist infolge sozialer Benachteiligung und Deprivation (wofür er nichts oder nur wenig, die Gesellschaft aber alles oder sehr viel kann) delinquent geworden - und es kommt darauf an, ihn durch geeignete Maßnahmen wieder zu einem gleichen und freien Mitglied zu machen, ihm zu helfen, ein straffreies Leben in der Gesellschaft zu führen und von seiner Freiheit so Gebrauch zu machen, daß er andere nicht schädigt.

Es sind nicht nur die Defizite bei der Implementation dieses Programms, die zur Verabschiedung des Resozialisierungs- und überhaupt des Wohlfahrtsstaats-Paradigmas geführt haben. Die Finanzkrise des Steuerstaates, die Globalisierung der Ökonomie mit ihren vielfältigen Folgen, die kommunikationstechnologischen Revolutionen - all dies hat zu einem tiefgreifenden Wandel der Staatlichkeit und damit des Verhältnisses von Staat und

---

<sup>24</sup> Josef Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin/New York 1983.

<sup>25</sup> David Garland/Richard Sparks (Hrsg.), *Criminology and Social Theory*, Oxford 2000, S. 8.

<sup>26</sup> Ebd., S. 9.

Gesellschaft beigetragen.<sup>27</sup> Der Wohlfahrtsstaat war national - und wenn die vielfältigen Leistungsansprüche überhaupt zu bewältigen waren, dann nur innerhalb des durch nationale Grenzen gezogenen Territoriums. Der aktuelle Staat ist dagegen, mit einem Wort Philip Bobbitts, "Marktstaat" ("market-state")<sup>28</sup>, der transnational vor allem im Dienste der Globalisierung des ökonomischen Systems agiert, um die daraus erwachsenden Chancen für seine Wähler und Wählerinnen zu sichern: „Such a state depends on the international capital markets and, to a lesser degree, on the modern multinational business network to create stability in the world economy, in preference to management by national or transnational political bodies.“<sup>29</sup> Während der Wohlfahrtsstaat ein nationales Gemeinwohl zu befördern suchte, indem er Ressourcen umverteilte oder selbst bereitstellte, geht es dem Marktstaat nur um die Erweiterung und Sicherung von Optionen und Chancen: “Like the nation-state it does not see the State as more than a minimal provider or redistributor. Whereas the nation-state justified itself as an instrument to serve the welfare of the people (the nation), the market-state exists to maximize the opportunities enjoyed by all members of society.”<sup>30</sup> Das hat zur Folge, daß das aktuelle Freiheitsverständnis sich negativ an jenem Modell des Wohlfahrtsstaates bildet, das einst als staatlich organisierte, durch solidarisches Handeln hergestellte Bedingung der Möglichkeit individueller Freiheit galt. Der Wohlfahrtsstaat und seine rechtlichen Regeln werden nun als illegitime Freiheitsbeschränkungen erfahren. "Illegitim" deshalb, weil Freiheit vor allem in individuellen Wahlmöglichkeiten und Optionen besteht. Freiheit ist im wesentlichen Freiheit des Konsums. Der Staat soll nicht unmittelbar Ressourcen an einige verteilen und dadurch die Freiheit anderer beschränken, sondern er soll individuelle Wahlmöglichkeiten erweitern und Optionsspielräume steigern. Die rechtlichen Regeln des Wohlfahrtsstaates fungieren aus dieser Perspektive als ein Äquivalent für Steuern, mit den gleichen negativen Effekten: Sie schränken die Wahlmöglichkeiten der Konsumenten ein, indem sie ihnen finanzielle Ressourcen nehmen und für Gemeinwohlzwecke einsetzen, über die der einzelne nicht nach seiner individuellen Wahl entscheiden kann. Darüber hinaus erschweren sie jene Angebotsorientierung, die für die Ökonomie des Marktstaates wesentlich

---

<sup>27</sup> S. dazu die Beiträge in: Axel Honneth (Hrsg.), *Befreiung aus der Mündigkeit. Paradoxien des gegenwärtigen Kapitalismus*, Frankfurt am Main/New York 2002.

<sup>28</sup> Philip Bobbitt, *The Shield of Achilles* (2002), London 2003.

<sup>29</sup> Ebd., S. 229.

<sup>30</sup> Ebd.

ist. Der Wert rechtlicher Regeln wird daran gemessen, ob sie die Transaktionskosten in die Höhe treiben oder minimieren. Der Marktstaat, dem gerade an einer Stärkung der individuellen Wahlmöglichkeiten und einer Senkung der Transaktionskosten gelegen ist, muß sich daher von den wohlfahrtsstaatlichen Gemeinwohlaufgaben zurückziehen. Das Mittel dafür sind Deregulierung und Privatisierung.

Während der Marktstaat sich aus dem Binnenraum einer konsumistischen Freiheit zurückzieht und den globalen ökonomischen Wettbewerb weitgehend sich selbst überläßt - weil jede rechtliche Regelung ausschließlich daran gemessen wird, ob sie Optionsspielräume erweitert oder einengt Transaktionskosten erhöht oder minimiert, gilt das Gegenteil für die Bereiche, aus denen Gefahren für diesen Binnenraum erwachsen könnten. Dies sind vor allem die dysfunktionalen Nebenfolgen der ökonomischen Globalisierung wie Migrationsbewegungen, organisierte Kriminalität, internen Funktionsstörungen des ökonomischen Systems sowie jüngst der internationale Terrorismus. Zudem hat, wie jede Freiheitssteigerung, auch die konsumistische Freiheit sowie der angeblich freiheitssteigernde Zwang zur Vermarktung des eigenen Selbst, ihre bedrohlichen Schattenseiten: Zunehmende Individualisierung, Auflösung von sozialen Bindungen und Traditionen, das Risiko, im ökonomischen Wettbewerb zu scheitern und dadurch zum Modernisierungs- und Globalisierungsverlierer zu werden. Diese Schattenseiten äußern sich als massenhafte individuelle biographische Unsicherheit.<sup>31</sup> Aus der Erfahrung dieser Unsicherheit entsteht vermutlich jene massive Kriminalitätsfurcht, in ihr bündeln sich die Ängste eine Multioptionengesellschaft. Der Andere mit seiner hochgradig individualisierten Optionsvielfalt wird zu einem Sicherheitsrisiko. Hier kommt der Staat als Sicherheitsstaat zum Zuge. Die ökonomischen Reformen in den USA unter Ronald Reagan und in Großbritannien unter Margret Thatcher wurden beide von massiven Verschärfungen des Straf- und Strafverfahrensrechts begleitet. Die Befreiung der Wirtschaft vom Staat wird gestützt durch eine gleichzeitige Freiheitseinschränkung traditioneller Bürgerrechte, die jedoch als "Freiheit durch den Staat" - nämlich als Schutz der konsumistischen Freiheit vor Gefährdungen durch Dritte - behauptet wird. Diese Dritten befinden sich außerhalb des

---

<sup>31</sup> Wolfgang Bonß/Felicitas Esser/Joachim Hohl/Helga Pelizäus-Hoffmeister/Jens Zinn, Biographische Sicherheit, in: Ulrich Beck u. Christoph Lau (Hrsg.), *Entgrenzung und Entscheidung*, Frankfurt/Main 2004, S. 211ff.

deregulierten Binnenraums, sind also sozial ohnehin schon exkludiert oder aufgrund mangelnden Erfolgs bei der Vermarktung ihrer Arbeitskraft exkludiert worden. Aus der Binnenperspektive des geschützten Raumes der Multioptionengesellschaft sind die illegalen Einwanderer gleichsam die exemplarischen Gestalten, vor denen man sich schützen müsse: Sie wollen sich unberechtigterweise Zutritt zu jenem Raum der Sicherheit und Freiheit verschaffen, um dort wie die Trittbrettfahrer des für die Legitimation des Marktstaates wichtigen "Gefangenen-Dilemmas" die Vorteile einer ökonomischen Freiheit zu genießen, ohne sich dafür aber auch an den Kosten zu beteiligen. Da es scheinbar nur gegen diese unbefugten Eindringlinge geht, lassen sich die Ansprüche an ein rechtsstaatliches Straf- und Polizeirecht senken, ohne daß die damit verbundenen Freiheitseinschränkungen von der Mehrheit als bedrohlich erfahren würden. Solange man im Binnenraum der Multioptionengesellschaft seine konsumistische Freiheit genießt, kann man sich nicht vorstellen, in jenen Raum der sozialen Exklusion hinein zu geraten, in dem die formal allgemeinen und gleichen Freiheitseinschränkungen materiell und konkret wirken. Der Sicherheitsstaat ist die Kehrseite des Marktstaates, das transnationale Sicherheitsrecht die Kehrseite einer deregulierten globalen Multioptionengesellschaft.

Es fällt nicht schwer, diesen innerstaatlichen Wandel des Freiheitsverständnisses auf die internationale Ebene zu übertragen. Die Koppelung von Menschenrechten und Demokratie mit Marktwirtschaft kennzeichnet das gegenwärtig vorherrschende Freiheitsverständnis des Westens, das unter anderem im Wege der Liberalisierung des Welthandels global durchgesetzt werden soll. Die USA und Westeuropa unterscheiden sich weniger in dieser Zielsetzung als in der Wahl der Mittel zu ihrer Erreichung. Aus dem Ziel einer allgemein das Recht verwaltenden bürgerlichen Gesellschaft ist die globale Multioptionengesellschaft geworden. Die Gefahr besteht, daß das Ethos dieser Lebensform zur authentischen Interpretation jener Kantischen Idee erklärt und völkerrechtlich verbindlich gemacht wird.<sup>32</sup> Transnationale Sicherheitsmaßnahmen gelten dem Schutz dieser Lebensform. Im Verhältnis zu den übrigen Völkerrechtssubjekten wiederholt sich damit jene Verletzung der Reziprozitätsregel, die schon beim innerstaatlichen Sicherheitsrecht beobachtet wurde. Die westliche Welt beeinflußt die Setzung von völkerrechtlichen Normen, ohne zugleich als deren

---

<sup>32</sup> Jürgen Habermas hat diese Ethisierung an der hegemonialen Politik der Bush-Administration beobachtet, vgl. ders., *Gespaltener Westen*

Adressaten in Frage zu kommen.<sup>33</sup> Welchen Widerstand sie leisten, wenn es einmal doch zu einer Selbst-Anwendung ihrer eigenen Prinzipien kommt, haben die letzten WTO-Konferenzen zur Agrarpolitik gezeigt. Eine weltbürgerliche Perspektive würde ein Überschreiten der Binnenperspektive jener freiheitlichen Lebensform einer Multioptionsgesellschaft verlangen. Dieser Schritt steht der westlichen Welt noch bevor.

---

<sup>33</sup> Nico Krisch, *Amerikanische Hegemonie und liberale Revolution im Völkerrecht*, Ms. 2004, S. 33.