

Klaus Günther

Bedrohte individuelle Freiheiten im aufgeklärten Strafrecht – Welche Freiheiten?

1.

Aufgeklärtes Strafrecht beginnt im Zeitalter der Aufklärung. 1763 wendet sich Voltaire am Beispiel des *Falles Calas* gegen ein Straf- und Strafverfahrensrecht, das für einen staatlich geförderten religiösen Fanatismus instrumentalisiert wird und dabei elementare Rechte des Beschuldigten verletzt. 1764 erscheint Beccarias Schrift „*Dei delitti e delle penne*“, das für ein zweckrationales und verhältnismäßiges Präventionsstrafrecht plädiert und gegen die Todesstrafe, die Folter und insgesamt gegen ein irrationales Vergeltungsstrafrecht, das die schon mit dem Verbrechen verursachten Leiden nur noch vermehrt. Das Recht auf individuelle Freiheit gehört für beide Autoren zu den Prämissen ihrer Strafrechtskritik – bei Voltaire in Gestalt der religiösen Gewissensfreiheit, der Trennung von Strafrecht und Religion und damit der Anerkennung des Einzelnen als Subjekt eines ausschließlich durch rechtliche Regeln bestimmten Strafverfahrens. Bei Beccaria ist es die moderne Legitimationsfigur des Gesellschaftsvertrages, die nicht nur die Errichtung des Staates, sondern auch die Institution der Strafe von der wechselseitigen freiwilligen Zustimmung aller Vertragspartner zu den damit einhergehenden Freiheitseinschränkungen abhängig macht. Beide bewegen sich damit in einem Kontext von Prinzipien und Argumenten, in dem die individuelle Freiheit in der Form eines allgemeinen und gleichen (subjektiven) Rechts als archimedischer Punkt fungiert. Dies gilt auch noch für Kant, der sich 1797, also in der Spätphase der Aufklärung, kritisch gegen Beccarias Präventionsstrafrecht wendet und die vergeltende Todesstrafe verteidigt.¹ Aber noch viel deutlicher als bei seinen Vorgängern ist auch für Kant das gleiche Recht auf Freiheit der Inbegriff des Rechts schlechthin: „Freiheit (Unabhängigkeit von eines anderen nötigender Willkür), sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit, zustehende Recht“. Ein rationales, verhältnismäßiges, an dem Recht auf Freiheit ausgerichtetes Präventionsstrafrecht und ein Freiheit anerkennendes Vergeltungsstrafrecht arbeiten mit der gleichen Prämisse (auch wenn Kant dies vehement bestreiten würde). Erst recht gilt dies für Feuerbach, der in seinem Lehrbuch von 1801 die Summe aus den Argumenten seiner Vorgänger zieht und ein auf den Schutz subjektiver Rechte, namentlich des Freiheitsrechts, restringiertes Präventionsstrafrecht konzipiert. Der Schutz dieses Rechts – im Strafrecht durch gesetzlich bestimmten psychologischen Zwang – ist die *raison d'*

¹ Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre 1797/1798, A 202, 203 (ed. Weischedel, Werke Bd. IV, Darmstadt 1975, 457).

être des Staates, heißt es in § 9: „Der Zweck desselben ist die Errichtung eines rechtlichen Zustandes, der Schutz der wechselseitigen Freiheit aller“.²

2.

In dieser durch Hobbes, Locke, Kant und anderen geprägten und immer wieder modifizierten Tradition wird die individuelle Freiheit als allgemeines und gleiches Recht in drei-erlei Weise durch das Strafrecht geschützt: *Erstens* durch eine gesetzgebende politische Autorität, die durch Zustimmung aller, sei es durch Vertrag oder Vernunft, legitimiert wird. Im demokratisch-republikanischen Idealfall sind es die Bürger selbst, die sich ein gesetzliches Strafrecht geben oder eine demokratisch sich legitimierende gesetzgebende Autorität, ein Parlament, errichten. *Zweitens* darf die Strafe durch die gesetzgebende Autorität nur in der Form eines Gesetzes angedroht werden, das heißt, sie muss als Rechtsfolge an einen abstrakt-allgemeinen und bestimmten Tatbestand geknüpft werden. Die staatliche Strafgewalt ist diesem Gesetz unterworfen, sowohl bei der Strafverfolgung als auch bei der Bestrafung. Weder Tatbestand noch Rechtsfolge dürfen durch die staatliche Strafgewalt rückwirkend angewendet werden. *Drittens* darf das gesetzliche Strafrecht nicht den Zweck unmöglich machen, um dessentwillen es eingesetzt wird, den Schutz des allgemeinen und gleichen Freiheitsrechts, das heißt, das Mittel der strafrechtlichen (und strafverfahrensrechtlichen) Freiheitseinschränkungen muss sich auf das für die Verwirklichung jenes Zwecks notwendige Minimum beschränken. Freiheitsschutz durch Strafrecht bedeutet also: direkter Schutz der Freiheit durch die Androhung von Strafe, bzw. den Vollzug von Strafe für Freiheitsverletzung, durch den gesetzgebenden und -durchsetzenden Souverän. Indirekter Schutz der Freiheit dadurch, dass der strafrechtliche Schutz in der freiheitsschützenden, die Berechenbarkeit der Strafe verbürgenden Form des allgemeinen und bestimmten Gesetzes erfolgen muss. Indirekter Schutz der Freiheit aber auch dadurch, dass die Inhaber der Freiheitsrechte selber sich die Strafgesetze geben und dabei die Perspektive der von strafjustiziellen Freiheitseinschränkungen Betroffenen einnehmen, um gleichzeitig das größtmögliche Maß an gleichen Freiheitsrechten zu bewahren (*ultima ratio* –Prinzip, Vorrang nicht-strafrechtlicher, die Freiheit in größerem Umgang schonender Alternativen). Schutz der Freiheit durch staatliches Strafrecht (Schutz der Freiheit durch den Staat) geht daher immer Hand in Hand mit dem Schutz der Freiheit durch ein gesetzlich bestimmtes Strafrecht, und zwar ein demokratisch-republikanisch (parlamentarisch) bestimmtes Strafrecht, das die Freiheit vor den destruktiven Folgen einer illegitimen und willkürlichen Usurpation der Strafgewalt durch den Staat schützt.

Aber warum bedarf es des *Strafrechts*, um Freiheit zu schützen? Die Antwort verlangt, den Blick weiter zurück zu wenden. Der Grund liegt in der prominenten Position, die die Freiheit im neuzeitlichen West- und Mitteleuropa erlangt. In dem Dreiklang der Rechte, der für die Französische Revolution 1789 maßgeblich wurde, steht die Freiheit an erster Stelle: „Liberté, Egalité, Fraternité“ (Gleiches gilt für die amerikanische Revolution). Zumeist wird dies im Sinne der negativen Freiheit interpretiert, also der Abwesenheit staatlicher Einschränkungen der individuellen Handlungsfreiheit, zunächst im Falle der Religionsfreiheit, dann aber, vor allem seit dem Ende des 18. und im 19. Jahrhundert, die wirtschaftliche Freiheit. Aber grundlegend sowohl für die Gewissensfreiheit

2 J.P.A. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, Gießen 1801, 12.

als auch für die Privatautonomie (und für alle anderen Freiheitsrechte) ist ein positives Verständnis von Freiheit als Handlungsmacht, als *agency*. Frei zu sein bedeutet vor allem, wie Kant es ausgedrückt hat, sein eigener Herr (*sui iuris*) zu sein, nicht Sklave, nicht Knecht, nicht in seiner ganzen Person abhängig von einem anderen. Das verweist zum einen auf die republikanische, von Aristoteles über Cicero, Machiavelli und andere reichende republikanische Tradition des Verständnisses von Freiheit als *dominium*.³ Zum anderen kommt darin die prägende neuzeitliche Erfahrung zum Ausdruck, nach welcher Freiheit vor allem heißt: *Einen Anfang machen können*. Dieser neue Anfang macht einen Unterschied in der Welt, verändert die Verhältnisse, hat seinen Ursprung aber allein und ausschließlich in der Person des Handelnden. Nur deshalb kann die Handlung ihr zur Verantwortung zugerechnet werden. Nimmt man beide Momente zusammen, manifestiert sich Freiheit vor allem darin, eine eigene Stimme zu haben und mit dieser verantwortlich etwas tun zu können. Es handelt sich dabei um einen *normativen Individualismus*, mit dem freie und verantwortliche Individuen als Subjekte ihrer Äußerungen und Handlungen (und deren Folgen) normativ gesetzt und anerkannt werden.⁴

Folgt man diesem Freiheitsverständnis, wird deutlich, was strafwürdig ist: sich mit einer Rechtsverletzung zugleich zum Herren über einen anderen zu machen, ihn dem eigenen Dominium zu unterwerfen wie einen Sklaven, und zwar ganz und vollständig, ohne ihn/sie als Person zu achten, die ihren Willen frei statt durch Drohung, Gewalt oder List bindet. Dem anderen wird die eigene Stimme genommen, sie ist entweder bedeutslos oder nur Mittel für die Zwecke des Herren. Dies aber nicht nur individuell im Verhältnis von Täter und Opfer, sondern gleichzeitig durch einen Angriff auf das Prinzip des gleichen Freiheitsrechts und damit auf den normativen Individualismus überhaupt. Wer sich den anderen untertan macht wie ein Herr seinen Sklaven, verletzt nicht nur das Opfer in seinen Rechten, sondern negiert das Prinzip des normativen Individualismus selbst. Niemand soll Herr seiner selbst sein dürfen. Entsprechend verteidigt die strafrechtliche Reaktion das Prinzip (und die Sicherheit) des Freiheitsrechts, beachtet dabei aber selbst die Prinzipien der Freiheit (Kant: achtet die Menschheit überhaupt). Dazu ist das Strafrecht angewiesen auf politische Freiheitsrechte und eine demokratische Gesetzgebung, und zwar aus wenigstens zwei Gründen: Freiheit als *agency*, als Dominium, ist nur dann vollständig, wenn die zu ihrer gleichen und wechselseitigen Ermöglichung und Sicherung notwendigen Einschränkungen von den Betroffenen selbst bestimmt und gerechtfertigt werden. Nur dann sind die freiheitsermöglichen Normen der allgemeinen Freiheitseinschränkung ihre eigenen – und nicht von einem fremden Herren gesetzt. Wer eine eigene Stimme hat, muss diese auch bei der für alle verbindlichen Gesetzgebung äußern können. Zugleich garantiert das Verfahren der strafrechtlichen Selbstgesetzgebung, dass die Bürgerinnen und Bürger sich bei der Gesetzgebung immer in die Lage der von den freiheitseinschränkenden Gesetzen Betroffenen versetzen, also überlegen müssen, ob sie die nachteiligen Folgen auch dann noch akzeptieren könnten, wenn sie von der Rolle des Mitgesetzgebers in die Rolle des Betroffenen, des Adressaten, wechseln würden. Offen bleibt dabei allerdings die Frage, ob dieses legitime Ziel durch nichts anderes verwirklicht werden kann und soll als durch das Mittel der öffentlichen *Strafe*, also durch

3 Vgl. dazu u.a.: Philip Pettit, Gerechte Freiheit: Ein moralischer Kompass für eine komplexe Welt, Berlin 2015.

4 Dietmar von der Pfordten, Normativer Individualismus, in: Zeitschrift für philosophische Forschung 58 (2004), S. 321–346.

die bewusste und absichtliche Zufügung eines Übels (die Verursachung physischen und psychischen Schmerzes). Diese Frage soll hier aber offen bleiben.⁵

Im Folgenden möchte ich knapp und mit groben Strichen skizzieren, wie sich dieses zentrale Freiheitsverständnis und damit die Funktion und Bedeutung des strafrechtlichen Freiheitsschutzes bis heute verändert haben.

3.

Bereits Kant spricht 1797 von „öffentlichen Verbrechen“ wie Geld- und Wechselseitigung, deren Strafbarkeit er für notwendig und gerechtfertigt hält.⁶ Sie betreffen öffentliche oder kollektive Güter wie die Funktionsfähigkeit des staatlich garantierten Geldsystems und des Marktes. Ihre Strafwürdigkeit innerhalb eines individuellen Freiheitsrechte schützenden Strafrechts zu begründen, scheint *prima facie* nicht leicht zu sein. Nicht zufällig kritisiert Birnbaum 1834 Feuerbach unter anderem mit dem Vorwurf, ihm gelinge es wegen seiner Fixierung auf den strafrechtlichen Schutz subjektiver (Freiheits-)Rechte nicht, den strafrechtlichen Schutz von Gütern, vor allem von Gütern der Allgemeinheit wie Sittlichkeit und Religion, zu begründen.⁷

Man kann diese Erweiterung der Aufgaben des Strafrechts über den unmittelbaren Schutz der individuellen Freiheit hinaus in zweierlei Hinsicht lesen: Die *erste* Lesart ist *freiheitsfunktional*. Durch das ökonomische System erweitern sich die Handlungs- und damit Freiheitsspielräume des Einzelnen. In diese Richtung weisen viele Autoren, die nicht nur Leib und Leben, sondern auch das Eigentum bis hin zum ökonomischen System insgesamt nicht nur für eine Bestandsvoraussetzung und Möglichkeitsbedingung individueller Freiheit halten, sondern auch für ein Mittel der Freiheitssteigerung. Mit der Erweiterung von Freiheit Hand in Hand geht jedoch gleichzeitig auch eine intensivere Abhängigkeit von solchen, die Bestandsvoraussetzungen und Möglichkeitsbedingungen der Freiheit garantierenden Systemen sowie deren jeweils eigene Rationalitäten. An solchen Systemen zu partizipieren (z.B. in der Rolle des Konsumenten oder des Arbeitnehmers am ökonomischen System), in der Sprache der Systemtheorie: in solche Systeme inkludiert zu werden, bedeutet für den Einzelnen immer auch, sich der jeweiligen Systemrationalität und Funktionslogik anzupassen, sich nicht nur äußerlich zu unterwerfen, sondern sich auch intern durch ein entsprechendes Selbstverhältnis und Verhaltensdispositionen adäquat zu organisieren. Foucault spricht in diesem Zusammenhang von *Subjektivierung*.⁸ Es handelt sich dabei um die bekannte Dialektik von Freiheitsgewinn und Freiheitsverlust. Innerhalb der Strafrechtswissenschaft versucht die personale Rechtsgutslehre, einen internen, notwendigen Zusammenhang zwischen individueller Freiheit und kollektiven Gütern normativ zu begründen und als Restriktions-Imperativ gegen alle Versuche zu verteidigen, das Strafrecht allzu leichtfertig auf den Schutz beliebiger öffentlicher Güter auszudehnen.

Die *zweite* Lesart der Kritik des Strafrechts als Schutz subjektiver Rechte im Namen des Rechtsgüterschutzes ist weniger freiheits- als vielmehr *systemfunktional*. Der straf-

5 Vgl. dazu Klaus Günther, Kritik der Strafe, in: WestEnd – Neue Zeitschrift für Sozialforschung 2004, S. 117–131, u. 2005, S. 131 – 141.

6 Kant (Fn. 1), A 196 (S. 452).

7 Johann M. F. Birnbaum, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, in: Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1834, S. 149–194.

8 Zuerst in: Michel Foucault, Sexualität und Wahrheit, Bd. 1, Frankfurt am Main 1986, Kap. IV u. V.

rechtliche Schutz kollektiver Güter und die damit einhergehenden Einschränkungen der individuellen Freiheit werden utilitaristisch, zumindest konsequentialistisch gerechtfertigt. Es gibt, so wird behauptet, ein allgemeines Interesse an den vorteilhaften, den nützlichen Konsequenzen des Bestands und des ungestörten Gebrauchs dieser Güter. Dies gilt nicht nur für den Markt und das ökonomische System, sondern vor allem auch für den Staat selbst. Zwar ist der Staat seinerseits eine Bestandsvoraussetzung für das gleiche Recht auf Freiheit, weil es sich ohne den Staat und seine Strafgewalt nicht gegen willkürliche Angriffe und Verletzungen Dritter bewahren und durchsetzen ließe. Schon mit der Idee, dass sich Menschen zu einer freiwilligen Assoziation von Rechtsgenossen zusammenschließen, sei es in Form eines Gesellschaftsvertrages oder durch eine gemeinsame Verfassungsgebung, geht die Einsicht in die Notwendigkeit einer öffentlichen Gewalt einher, die das Recht gegen Verletzungen sichert. Deshalb sagt Kant: „Die bloße Idee einer Staatsverfassung unter Menschen führt schon den Begriff einer Strafgerichtlichkeit bei sich“ (Kant, Rechtslehre, B 170). Insofern ist der strafrechtliche Schutz des Staates und seiner Institutionen selbst freiheitsfunktional, weil ohne den Staat das gleiche Freiheitsrecht nicht bestehen würde. Allerdings gilt auch hier, dass die strikte Freiheitsfunktionalität stets gefährdet ist durch das Eigeninteresse des Staates an der Stabilisierung seiner Macht und der Steigerung seiner Effizienz auch dann und dort, wo dies nicht oder nur sehr indirekt freiheitsfunktional ist – also jenseits von Hoch- und Landesverrat sowie der staatlichen Garantie eines Geld- und Kreditsystems.

4.

Die *systemfunktionale* Lesart des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes beginnt in dem Maße die freiheitsfunktionale Lesart zu verdrängen (oder, freundlicher formuliert: die freiheitsfunktionale Lesart interpretatorisch zu okkupieren), wie der Staat nicht nur mit seinem Gewaltmonopol die Freiheit vor Angriffen Dritter schützt und mit seinen Institutionen die minimalen Funktionsbedingungen kollektiver, systemisch integrierter Freiheitsräume garantiert. Vielmehr erweitert er sein Tätigkeitsspektrum. Es handelt sich dabei um den Vorgang, den Max Weber schon, rückblickend auf die Entwicklung des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts als „Materialisierung des Formalrechts“ (kritisch) beschrieben hat.⁹ Diese Ausweitung der Staatstätigkeit ist freilich normativ motiviert durch die das ganze 19. Jahrhundert, vor allem in seiner zweiten Hälfte, kennzeichnende Erfahrung einer anderen Dialektik von Freiheitsgewinn und Freiheitsverlust. Mit der Industrialisierung und der Expansion des modernen Kapitalismus wird die große Kluft sichtbar, die zwischen dem allgemeinen und gleichen subjektiven Recht auf Freiheit auf der einen und den realen sozio-ökonomischen Bedingungen seiner individuellen Ausübung auf der anderen Seite besteht. Krasse sozio-ökonomische Ungleichheit bedeutet für die meisten Rechtssubjekte der bürgerlichen Gesellschaft, dass ihr individuelles Recht auf Handlungsfreiheit für sie keinen „Wert“ im doppelten Sinne des Wortes hat. Nicht nur das, vielmehr erweist es sich in den asymmetrischen Machtbeziehungen zwischen Unternehmern/Kapitalisten auf der einen und Arbeitern/ökonomisch Abhängigen als ein Herrschaftsinstrument eigener Art. Es dient der Rechtfertigung sozialer Ungleichheit durch Subjektivierung, das heißt, durch Zuweisung der Verantwortung für das eigene

9 Max Weber, Rechtsssoziologie, in: ders., Wirtschaft und Gesellschaft, hrsgg. v. Winckelmann, 5. A. Tübingen 1976, Kap. VII, § 1 (S. 397).

Schicksal zur Privatautonomie, zum freien Willen des Betroffenen. Der moderne Sozial- und Wohlfahrtsstaat tritt an, diese *freiheitsdysfunktionale*, freiheitsdestruktive sozio-ökonomische Ungleichheit durch staatliche Maßnahmen zu kompensieren. Gleichzeitig wächst der moderne Kapitalismus dynamisch, die soziale Arbeitsteilung geht über in eine funktional differenzierte Gesellschaft mit autonomen Sozialsystemen. Neben der freiheitsfunktionalen Kompensation sozio-ökonomischer Ungleichheiten wird die Systemintegration autonomer gesellschaftlicher Teilsysteme immer wichtiger.

Mit dieser über ein Jahrhundert währenden, durch vielerlei historische Krisen und Katastrophen vorangetriebenen Expansion des Staates und funktionalen Differenzierung moderner Gesellschaften geht eine neue Dialektik von Freiheitsgewinn und -verlust einher. Wohlfahrtsstaatliche Sicherungssysteme, deren Bestand, Wachstum und Funktionsfähigkeit wiederum vom dynamischen Wachstum des ökonomischen Systems und der funktionalen Differenzierung der Gesellschaft im Ganzen abhängig ist, eröffnen den meisten Rechtssubjekten überhaupt erst den Zugang zu einem faktisch wirksamen individuellen Freiheitsgebrauch. Mit Blick auf das allgemeine und gleiche Freiheitsrecht ist dies ohne Zweifel ein Fortschritt. Allerdings zeigt sich mit dem zunehmenden Anwachsen des bürokratischen Wohlfahrtsstaates auch die freiheitsgefährdende Kehrseite: Der Einzelne wird zunehmend abhängig von den Vorgaben der wohlfahrtsstaatlichen Administration, die in seine Lebensplanung und Lebensführung eingreift, damit die rechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen für eine normale Arbeits- und Rentenbiographie erfüllt werden. Die Inklusion des Einzelnen *qua* verschiedener sozialer Rollen in die verschiedenen Funktionssysteme verlangt immer höhere und intensivere Anpassungsleistungen des Einzelnen. Dies gilt vor allem für die Inklusion in das ökonomische System. Damit ändert sich auch der normative Individualismus, der mit dem Prinzip allgemeiner und gleicher subjektiver Freiheitsrechte einhergeht – mehr oder weniger weit entfernt, wie er immer schon von der sozialen Wirklichkeit war. Individuelle Freiheit wird zunehmend selbst funktional für die Sozial- und Systemintegration moderner Gesellschaften. Foucault zieht daraus die radikale Konsequenz, Freiheit selbst als eine Technik der Subjektivierung zu verstehen, mit der die Bevölkerung durch Selbstoptimierung und -aktivierung dazu beiträgt, ihr Wachstum und Wohlergehen zu steigern – der Übergang von der äußerlich repressiven Disziplinarmacht zur lebensfördernden, durch die Aktivität der Subjekte selbst wirkenden Bio-Macht.

Es wäre daher auch falsch, die Modernisierungsschübe funktional differenzierter Wohlfahrtsstaaten nur als das Ergebnis einer paternalistischen und in letzter Instanz eingenommenen Fürsorge herrschender Klassen zu deuten. Sie werden in erheblichen Maße auch durch die betroffenen Bevölkerungen und ihre politischen Forderungen selbst vorangetrieben. Dabei lassen sie sich von einem Freiheitsverständnis leiten, das Freiheit nicht mehr primär als Artikulation und Performanz von individueller Handlungsmächtigkeit (*agency*) und Verantwortung versteht, sondern als Chance, an den durch soziale Systeme bereitgestellten Handlungsmöglichkeiten, an den kollektiv organisierten Lebensformen aktiv teilnehmen zu können. Ablesbar wird das relativ früh an dem Übergang von der Willenstheorie zur Interessentheorie im Verständnis des subjektiven Rechts. Wie Ihering schon früh erkennt, handelt es sich dabei um sozial zugeschriebene Interessen, die der Einzelne nur um des allgemeinen Interesses (Vorteils) willen hat. Selbstverständlich bedeutet das nicht, dass es auf der Mikro-Ebene sozialen Handelns keine Wahlmöglichkeiten für die Individuen mehr gäbe, also die primäre Erfahrung individueller Wahlfreiheit verschlossen wäre. Dies trifft nur auf die totalitären Systeme mit

einem kleinen Bereich individueller Handlungsspielräume und einem großen Bereich organisierter Handlungsvorgaben zu. Aber die Bedeutung der individuellen Freiheit verlagert sich zunehmend auf die Möglichkeit sozialer Teilhabe, auf Zugang zu den sozialen Systemen und den von ihnen produzierten und bereitgestellten Gütern. In dieser Bedeutung schrumpft z.B. die individuelle Wahlfreiheit weitgehend zusammen auf den Konsum von marktförmig angebotenen Gütern. Es ist dann nur eine Frage der Zeit, bis sich das Interesse an der Freiheit verschiebt von der Artikulation und Performanz individueller Autonomie zur Sicherung des Zugangs zu den sozialen Systemen und zur Sicherung ihres Bestands sowie ihrer Funktionsfähigkeit. Deshalb stößt die systemfunktionale Lesart der sozialen Voraussetzungen individueller Freiheit auch fast nirgendwo auf Widerspruch. Für ein Verständnis von Freiheit als Zugangsmöglichkeit reduziert sich Freiheitsfunktionalität auf Systemfunktionalität.

5.

Welche Funktion und Bedeutung kommen dem Strafrecht innerhalb dieses wohlfahrtsstaatlichen Paradigmas zu? Beobachten lässt sich nicht nur eine beispiellose Expansion des Strafrechts in fast alle gesellschaftlichen Handlungsbereiche. Die Zahl der Schutzgüter, vor allem der kollektiven, nimmt erheblich zu. Die „Funktionsfähigkeit“ einzelner relevanter Handlungsbereiche wird zur maßgeblichen kriminalpolitischen Rechtfertigung für strafrechtliche Interventionen. Dies gilt vor allem im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts mit dem strafrechtlichen Schutz der Funktionsfähigkeit verschiedener Märkte, des Wettbewerbs sowie einzelner Modalitäten des Zahlungsverkehrs. Aber auch die Umwelt und andere kollektive Güter werden zu Rechtsgütern des Strafrechts. Oft wird die Frage nach freiheitsschonenderen alternativen Regelungsmöglichkeiten diesseits des Strafrechts, also die Frage nach der *ultima ratio*, die ihrerseits freiheitsfunktional ist, gar nicht mehr oder nur noch rhetorisch gestellt, um sogleich bejaht zu werden.

Das wohlfahrtsstaatliche Paradigma äußert sich auch in der prominenten Position der *Prävention* als Strafzweck, und zwar vor allem der Individualprävention durch Resozialisierung. Die Einsicht in die Abhängigkeit individueller Freiheit von sozialen, kollektiven Voraussetzungen führt dazu, dass die strafrechtliche Reaktion nicht mehr primär an der individuellen Verantwortlichkeit des Einzelnen anknüpft, sondern an den sozialen Voraussetzungen selbst oder an dem Wechselverhältnis zwischen Individuum und Gesellschaft, also an der (fehlgeschlagenen, gestörten) Sozialisation und der sozialen Integration. Resozialisierung bedeutet deshalb vor allem Befähigung zur Teilhabe, zur individuellen Wahrnehmung der sozialen Voraussetzungen von Freiheit. Mit dieser Einsicht wird auch der normative Individualismus des 19. Jahrhunderts zumindest insoweit relativiert, als jetzt die Abhängigkeit des Einzelnen und seiner Freiheit von den gesellschaftlichen Lebensbedingungen und ihrer normativen Ordnung, mit der die Güter und Lebenschancen verteilt werden, größere Aufmerksamkeit findet. Deshalb werden auch Sozialreformen, sozialer Ausgleich und die Kompensation sozialer Ungleichheit ein wichtiges Element der Kriminalpolitik. Wohlfahrtsstaatliche Politik soll auch selbst zur Minimierung kriminellen Verhaltens beitragen, indem sie dessen sozistrukturelle Ursachen beseitigt. Die gesellschaftliche Miterantwortung für Kriminalität tritt neben die individuelle Verantwortlichkeit des Täters für seine Tat.

Das Strafrecht des wohlfahrtsstaatlichen Paradigmas soll jedoch auch *generalpräventiv* wirken. Strafe dient, so artikuliert sich eine Argumentationslinie seit von Liszt, dem

Schutz der Gesellschaft, ihren kollektiven Gütern und allgemeinen Interessen. Phasenweise, vor allem zu Beginn und prominent bei von Liszt, ist mit dem Schutz der Gesellschaft auch der Schutz der Nation in einem globalen Konkurrenzkampf gemeint. Wo der Freiheitsbezug verlorengesetzt oder gar politisch bewusst verneint wird, kann dies umschlagen in einen Vorrang der Pflichten des Einzelnen für die Gemeinschaft und den Staat vor den individuellen (Freiheits-)Rechten. Die Straftat erscheint dann primär als eine Verletzung der Treuepflicht des einzelnen gegenüber der Gemeinschaft. Aber auch dort, wo der Freiheitsbezug wenigstens noch indirekt bewahrt oder nach der Katastrophe eines totalitären Regimes wiederhergestellt wird, bleibt die Freiheit vermittelt in ihre systemischen Beziehungen. Dies lässt sich auch kaum vermeiden, weil eine beschleunigte, technisch-kapitalistische Modernisierung zu einer immensen Komplexitätssteigerung der Gesellschaft führt. Sie überwindet schließlich auch nationale Grenzen, wie sich an der Globalisierung des ökonomischen Systems erkennen lässt.

Diese Komplexitätssteigerung führt wiederum zu einer erheblichen Erweiterung individueller Freiheitsspielräume. Mit dem großen Zuwachs und der rasanten Beschleunigung technischer Innovationen erweitern sich die Handlungsmöglichkeiten jedes Einzelnen, mit der Ökonomisierung ihrer Produktion und Verteilung werden sie auch für die große Mehrheit der Bevölkerungen in den industrialisierten Wohlfahrtsstaaten zugänglich. Das beginnt mit der Individuellen Mobilität durch Eisenbahn, Auto und Flugzeug und weitere Innovationen, die das alltägliche Leben erleichtern. Verbesserte Gesundheitsvorsorge und Medizin sind weitere wichtige Beispiele, schließlich jüngst die immense Steigerung von Kommunikationsmöglichkeiten durch digitale Technologien. Freiheitssteigerung und Wohlstandsgewinn gehen Hand in Hand. Gleichzeitig wird jedoch auch offenbar, dass sich die Verschränkung der Freiheit mit ihren technischen, infrastrukturellen Voraussetzungen erheblich intensiviert. Dies kann so weit gehen, dass es manchen so erscheint, als hätte die Technik nun die Herrschaft über den Menschen übernommen, als wäre die individuelle Freiheit nur noch Schein und Lüge, während in Wahrheit das Denken, Fühlen und Handeln durch die Technik bestimmt sei. Verstärkt wird dieser Eindruck dadurch, dass Technik (und Ökonomie) als vermeintlich unpolitische Phänomene sich behaupten, deren innere Rationalität notwendige Entscheidungen und Maßnahmen erzwingen würde (*Sachzwänge*), die politisch nicht kritisier- und verhandelbar scheinen, also nicht zur freien Disposition einer sich durch Gesetze gleicher Freiheit selbst bestimmenden Gesellschaft stünden.

Die intensivierte Verschränkung der individuellen Freiheit mit ihren technischen und ökonomischen Voraussetzungen hat zur Folge, dass die Risiken erheblich zunehmen, vor allem in technisch vermittelten Handlungszusammenhängen.¹⁰ Flugzeugabstürze, Eisenbahnunfälle, einstürzende Sporthallen und Fabrikgebäude, empfindliche Störungen technischer Großanlagen wie Atomkraftwerke mit erheblichen Gefahren für eine unabsehbar große Zahl von Menschen, aber auch die vielen kleineren Unfälle mit mehr oder weniger großen Gefahren und tatsächlichen Schädigungen für Einzelne im medizinischen und pharmazeutischen Bereich und schließlich auch im Straßenverkehr – überall geht es nicht um vorsätzliche Straftaten eines böswilligen Verbrechers, sondern um die unabsichtliche Verletzung von Verhaltensstandards und -pflichten, die zu abstrakten oder konkreten Gefährdungen oder unmittelbar zu Schädigungen führen. Komplexe Systeme bedürfen daher zur Sicherung ihrer Funktionstüchtigkeit und zur Vermeidung von Gefahren und

10 Cornelius Prittitz, Strafecht und Risiko, Frankfurt am Main 1993.

Schäden einer Vielzahl von Verhaltenspflichten. Diese überziehen die gesamte Gesellschaft wie ein dichtmaschiges Netz; nur wer sich diesem Netz unterwirft, macht von seiner Freiheit einen risikofreien oder risikominimierten Gebrauch.¹¹ Individuelle Freiheit ohne flankierende Verhaltenspflichten ist schon für sich genommen ein Risiko – Freiheit selbst wird zu einer Gefahr und Bedrohung. Freiheit ist daher ohne Pflichten nicht mehr zu haben. Deshalb gehören zum wohlfahrtsstaatlichen Paradigma des Strafrechts in modernen Gesellschaften auch abstrakte und konkrete Gefährdungsdelikte sowie weitere Vorverlagerungen der Strafbarkeit.

Im Strafrecht führt dies zu einem Paradigmenwechsel von der Rechts(guts)- zur Pflichtverletzung, diesmal jedoch nicht im Sinne eines totalitären, auf den Überlebenskampf einer nationalen Schicksalsgemeinschaft gerichteten Unterlassungsstrafrechts. Vielmehr handelt es sich um ein Pflicht-Strafrecht, das riskante, aber gesellschaftlich erwünschte, vorteilhafte und wohlfahrtssteigernde, technisch vermittelte Handlungsbereiche so organisieren soll, dass Schädigungen von Leib, Leben und Eigentum vermieden werden. Der exemplarische Fall, der auch für die Strafrechtswissenschaft eine begriffs- und theoriebildende Leitfunktion erhält, ist das Fahrlässigkeitsdelikt, und zwar in der Form des fahrlässigen Unterlassungsdelikts.¹² Der Mitarbeiter eines Eisenbahnstellwerkes, der durch ein Computerspiel abgelenkt vergisst, rechtzeitig ein Haltesignal für einen Zug zu aktivieren, kann eine Katastrophe auslösen. Wie sich angesichts komplexer, technisch und ökonomisch vermittelter Handlungsketten, an denen stets mehrere Personen beteiligt sind, eine Rechtsgutsgefährdung oder -verletzung noch als das „Werk“ einer verantwortlichen Person zurechnen lässt, wird zur zentralen Frage.

Mit der modernen Risikogesellschaft wird die *Sicherheit* zum wichtigsten Schutzgut auch des Strafrechts. Dabei handelt es sich um eine eigentümliche, reflexive Selbstaufstufung des freiheitlichen Rechtsstaates. Das staatliche Strafrecht sollte eigentlich immer schon die Sicherheit der Rechte, vor allem des Freiheitsrechts, gewährleisten (vgl. oben das Zitat von Feuerbach). Sicherheit ist insofern mit staatlichem Strafrecht identisch, sein Zweck ist die Sicherung des allgemeinen und gleichen Freiheitsrechts.¹³ Insofern spricht die aktuelle Rede von einer „Schutzwicht“ oder „Schutzverantwortung“ des Staates für die Grund- und Menschenrechte, namentlich das Recht auf Freiheit, nur eine Trivialität aus. Gewinnt die Sicherheit aber noch einmal selbst den Status eines strafrechtlichen Schutzgutes, gerät sie in Konkurrenz zur Freiheit. Schlimmstenfalls wird daraus ein Nullsummenspiel: Je mehr Freiheit, desto weniger Sicherheit – und umgekehrt. Weil Sicherheit aber ein Gut ist, das stets ungesättigt bleibt, steht der Sieger in diesem Spiel schon von vornherein fest.¹⁴ Jede Maßnahme zur Verbesserung der Sicherheit offenbart neue Lücken, aus denen wiederum Risiken erwachsen, die den Ruf nach noch mehr Sicherheit laut werden lassen.

11 Chun-Wei Chen, Gefährdungsvorsatz im modernen Strafrecht, Frankfurt am Main/Bern 2016; Jochen Bung, Fünf Grundprobleme des heutigen Strafrechts, in ZIS, 11 (2016), S. 342.

12 Klaus Günther, Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein "Paradigmawechsel" im Strafrecht?, in: Institut f. Kriminalwissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt am Main/Bern 1995, 445–460.

13 S. dazu jetzt Katrin Gierhake, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht. Eine Untersuchung zu den Grundlagen und Kriterien legitimer Terrorismusprävention, Berlin 2013, vor allem S. 112ff.

14 Günter Frankenberg, Staatstechnik. Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand, Frankfurt am Main 2010

6.

Das Verlangen nach mehr Sicherheit erhält noch zusätzliche Nahrung durch eine weitere Folge wachsender individueller Freiheitsspielräume. In ihr offenbart sich ein immer schon bekannter, nun aber besonders deutlich hervortretender Zusammenhang zwischen individueller Freiheit und ihren sozialen Voraussetzungen. Die Moderne nimmt reflexive Züge an.¹⁵ Die Gestaltung des eigenen Lebens liegt immer mehr in der Hand des einzelnen, auch wenn es dabei überwiegend nur um die Auswahl aus bereits sozial und ökonomisch vorstrukturierten Angeboten geht. Die Herausbildung des Selbst, der individuellen Identität und damit Lebensführung und -planung werden noch mehr als zuvor subjektiviert, von den Entscheidungen des einzelnen abhängig. Ihre Einbettung in lokale, kommunale, soziale Kontexte wird schwächer. Welchen Beruf man ergreift und wie lange man ihn ausübt, welchen Partner/Partnerin man wählt, ob, wann und in welcher Firma man eine Familie hat, wen und wie man begeht, wo und wie man lebt, ist eine Frage, die jeder/jede für sich beantworten muss, die nicht mehr wesentlich durch Klasse, Geschlecht, Zugehörigkeit zu religiösen und ethnischen Gemeinschaften geprägt wird. Moderne Gesellschaften sind durch eine Pluralität von Lebensstilen und Identitäten gekennzeichnet, die den einzelnen zwar prägen, aber nicht festlegen, sondern bewusst gewählt werden müssen. Dies gilt auch für die Gemeinschaften, denen man angehört. Diese Individualisierung vermehrt jedoch gleichzeitig die Abhängigkeit jedes einzelnen von den technologischen, ökonomischen und sozialen Voraussetzungen einer reflexiven Identität und Lebensführung. Weil diese Voraussetzungen ständig hergestellt, reproduziert und bewahrt werden müssen, sind sie in hohem Maße störungsanfällig. Reflexive Modernisierung, Individualisierung und Pluralismus gehen Hand in Hand mit einer marktliberalen, kapitalistischen Gesellschaft, deren Wachstumsdynamik die entsprechende Infrastruktur produziert. Wirtschafts- und Finanzkrisen, aber auch ökonomische Wachstumsprozesse, die nur einer kleinen Schicht zugutekommen und damit soziale Ungleichheit weit über das Maß hinaus vertiefen, das auch den am schlechtesten Gestellten noch eine besseres Leben ermöglichen würde, bedrohen mit der Infrastruktur unmittelbar auch die davon abhängige individuelle Freiheit.

Freiheit geht deshalb einher mit der Erfahrung einer gesteigerten individuellen Verletzlichkeit – und die Erfahrung dieser Verletzlichkeit erhöht wiederum das Sicherheitsbedürfnis. Die mit der Individualisierung erreichte Unabhängigkeit von Anderen zeigt ihre Kehrseite dann, wenn der Einzelne sich mit dem Risiko konfrontiert sieht, allein gelassen zu werden. Individualisierung und Pluralisierung lassen schon an sich die Sensibilität für Verletzlichkeit ansteigen, auch unter denen, deren sozio-ökonomische Lage relativ privilegiert ist, weil konkrete Solidarität fast nur noch kraft Zugehörigkeit zu einer partikularen Lebensform, nicht mehr zu einer relativ homogenen Gemeinschaft zu erwarten ist.¹⁶ Wer jedoch seine sozialen Beziehungen und Netzwerke zu verlieren droht, vor allem unter dem sozio-ökonomischen Druck schrittweiser Prekarisierung, wer sich schon aus Angst vor dem sozialen Abstieg zurückzieht, verbucht in seiner Lebensbilanz nur noch

15 Inzwischen schon klassisch: Ulrich Beck, Risikogesellschaft, Frankfurt am Main 1986, und Anthony Giddens, Modernity and Self-Identity. Self and Society in the Late Modern Age, Cambridge 1991.

16 Zur inzwischen extensiven Diskussion um *vulnerability* s. statt vieler nur: Catriona Mackenzie, Wendy Rogers u. Susan Dodds (Hrsg.), Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy, Oxford 2014

Freiheitsverluste, aber keine Freiheitsgewinne mehr. Soweit diese Ängste sich nur auf intransparente, schicksalhaft erscheinende und daher für unbeeinflussbar gehaltene, vielleicht auch noch global operierende Kräfte richten, bleiben sie diffus. Kriminalität kann diesen Ängsten einen scheinbar konkreteren Adressaten geben, sie bündelt gleichsam die eigene Verletzlichkeit in fremder Gestalt. Kriminalität wird zur Projektionsfläche all der Ängste, die aus der vermehrten Abhängigkeit und Verletzlichkeit des einzelnen resultieren. Mit jedem Verbrechen, zumal dann, wenn es gegen Leib und Leben oder die sexuelle Selbstbestimmung sich richtet, droht auch bei Unbeteiligten die Waagschale zwischen dem Bewusstsein der eigenen Verletzlichkeit und dem Vertrauen in die Integrität der sozialen Welt aus der Balance zu geraten. Ein Symptom dafür ist die zunehmende Tendenz, sich mit Verbrechensopfern, deren Schicksale durch die Medien verbreitet werden, zu identifizieren.¹⁷ Dadurch entsteht eine Art negativer Gemeinschaft zwischen denjenigen, die über Opfer-Narrative einander ihre Verletzlichkeit beglaubigen; eine Gemeinschaft geteilter Verletzlichkeit. Sie erzeugen damit eine punktuelle Solidarität, die sich nicht nur in einem gemeinsam geteilten Unsicherheitsgefühl äußert, sondern auch in Zuschreibungen negativer Eigenschaften bei abweichenden Bevölkerungsgruppen und, konkret, bei solchen Gruppen, die man als potentielle Täter verdächtigt. Im Zentrum der öffentlichen Aufmerksamkeit und immer mehr auch der Kriminalpolitik steht dann nicht mehr die Rechts(guts-)Verletzung, das Verbrechen als schwerster Angriff auf das einzige und ursprüngliche Menschenrecht der Freiheit, sondern die konkrete, individuelle Verletzung. Für das reale Verbrechensopfer wird die konkrete Verletzung zugleich zu einem Zeichen für die Zerstörung des sozialen Vertrauens und die brutale Bestätigung der eigenen Verletzlichkeit. Diese Bedeutung der individuellen Verletzung hat psychisch reale Folgen, die sich in lang fortwirkenden Traumatisierungen äußern können. Opfer-Narrative erhalten öffentlich den Status exemplarischer Fälle für eine politische Meinungs- und Willensbildung, die sich um den Schutz besonderer Gemeinschaften oder Lebensformen vor möglichen Verletzungen kümmern soll, für eine Politik der Achtung des Besonderen, der Nähe, der Präsenz.¹⁸ Erst recht werden dann auch vom Strafrecht und von der Strafjustiz verstärkt Empathie mit dem Opfer und ein härteres Vorgehen gegen den Täter gefordert.

Dieser Aspekt der Dialektik von Freiheitsgewinn und Freiheitsverlust mag erklären, warum das Bedürfnis nach Sicherheit der jeweils eigenen Lebensform größer wird als das Verlangen nach gleichmäßigem Schutz des allgemeinen und gleichen Freiheitsrechts. Es geht schließlich gar nicht mehr um die individuelle Handlungsfreiheit als allgemeines Rechtsprinzip, sondern nur noch um bestimmte Weisen eines gemeinsam geteilten Freiheitsgebrauchs, die den Akteuren als solche nicht mehr durchsichtig sind. Mit Rahel Jaeggi lassen sich unter einer Lebensform „Zusammenhänge von Praktiken und Orientierungen und Ordnungen sozialen Verhaltens“ mit einer gewissen Dauer verstehen, die sich durch Überzeugungen, Einstellungen und einen Habitus konstituieren sowie in „Institutionen, Symbole(n) und Artefakte(n)“ manifestieren.¹⁹ Strafrecht schützt dann pri-

17 David Garland, *Die Kultur der Kontrolle*, Frankfurt am Main/New York 2008, S. 355; Klaus Günther, *Ein Modell legitimen Scheiterns. Der Kampf um Anerkennung als Opfer*, in: Axel Honneth, Ophelia Lindemann, Stephan Voswinkel (Hrsg.), *Strukturwandel der Anerkennung*, Frankfurt/New York, S. 185–248.

18 Pierre Rosanvallon, *Demokratische Legitimität. Unparteilichkeit – Reflexivität – Nähe*, Hamburg 2010, S. 233.

19 Rahel Jaeggi, *Kritik von Lebensformen*, Berlin 2014, S. 89.

mär verschiedene Zusammenhänge von gewohnheitsmäßigen, gemeinsam geteilten Praktiken und die zur Bewältigung von lebensformspezifischen Aufgaben notwendigen Güter sowie die infrastrukturellen Voraussetzungen für die Reproduktion dieser Lebensform. Knapp zusammengefasst: Zweck des Strafrechts wird der Lebensformsschutz. Die den gemeinsam geteilten Praktiken einer Lebensform immanenten Normen stehen dann nur noch in einer lockeren Verbindung mit dem allgemeinen und gleichen Freiheitsrecht.

Lebensformsschutz bedeutet jedoch nicht, dass jede Lebensform auch für schützenswert gehalten wird. Dies trifft nur auf diejenigen zu, die sich im Spektrum moderner, individualistischer, pluralistischer, marktliberaler Gesellschaften bewegen, die systemisch durch soziale Differenzierung getragen werden und sozial durch ein Freiheitsverständnis charakterisiert sind, das vor allem in individueller Selbstverwirklichung sowie im individuellen Konsum von Gütern auf der Grundlage gemeinsam geteilter Werte besteht. Darüber, welche Lebensformen in dieses Spektrum gehören und welche nicht oder nicht mehr, kann es ebenso Streit geben wie über die angemessene Deutung der Praktiken, Gewohnheiten und Überzeugungen innerhalb einer Lebensform. Welche Lebensform in welcher Weise und in welchem Umfang anerkannt wird, unterliegt ebenfalls einem historischen, durch verschiedene Faktoren verursachten Wandel. Gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften können anerkannt werden, die gleichgeschlechtliche Ehe aber nicht; homophobe Vorurteile können wieder erstarken und zu neuer Diskriminierung führen. Hier ist allein entscheidend, dass die strafrechtliche Schutzbedürftigkeit nur noch an die mehrheitliche Akzeptanz einer Lebensform anknüpft und nicht an das allgemeine und gleiche Freiheitsrecht. Jene Akzeptanz rechtfertigt jetzt den Schutz bestimmter Güter als Rechtsgüter des Strafrechts. Nicht mehr auf ihre Freiheitsfunktionalität kommt es an, sondern auf ihre Lebensformfunktionalität.

Wenn es primär um den Schutz von Lebensformen angesichts ihrer Verletzlichkeit in modernen, ausdifferenzierten, individualistischen und pluralistischen Gesellschaften geht, wird Sicherheit zu einem zentralen Schutzgut. Deshalb geht es nicht nur um den Kernbestand an Rechtsgütern, der für ein allgemeines und gleiches Freiheitsrecht wesentlich ist, sondern auch um alle für die Lebensform wichtigen kollektiven Rechtsgüter. Schutz von verletzlichen Lebensformen verlangt außerdem die Kontrolle und Abwehr von Risiken und Gefahren. Daher werden abstrakte und konkrete Gefährdungsdelikte ebenso für notwendig gehalten wie generell eine weitgehende Vorverlagerung der Strafbarkeit. Strafrecht als Schutz von Lebensformen bedeutet jedoch vor allem auch, dass vom mehrheitlichen Konsens abweichende Lebensformen als eine potentielle Gefahrenquelle gelten, die überwacht werden muss. Aus diesem Grunde geraten abweichende Praktiken, Gewohnheiten, Einstellungen in das Blickfeld staatlicher (und zunehmend auch privater) Aufmerksamkeit, Observation, Kontrolle und Prävention.

Dies führt zu dem aus der Perspektive eines freiheitlichen Strafrechts erstaunlichen Befund, dass die durch das moderne Sicherheitsstrafrecht verursachten Freiheitsverluste von der Mehrheit der Staatsbürger/innen überwiegend hingenommen, akzeptiert oder sogar politisch gefordert werden. Niemand spürt konkret den Freiheitsverlust, solange er/sie sich mit Praktiken, Gewohnheiten und Einstellungen im Spektrum der mehrheitlich akzeptierten Lebensformen, innerhalb der Normalität, bewegt. Kaum jemand stört sich daran, bei diesen Praktiken, Gewohnheiten und Einstellungen beobachtet und kontrolliert zu werden, solange man, wie es heißt „nichts zu verbergen“ hat, sich also auf der sicheren Seite der Normalität weiß. Wer jedoch nicht zu dieser Normalität der mehrheitlich gerade zufällig akzeptierten Lebensformen gehört, wer davon abweicht, hat mit rea-

len Freiheitsverlusten zu rechnen. Ihm gegenüber wird der Gesellschaftsvertrag gekündigt, indem die politische Gesetzgebung die Prinzipien der Wechselseitigkeit und Allgemeinheit nicht mehr befolgt. Damit wird aber eine wesentliche, eingangs erläuterte Bedingung in Frage gestellt. Die gesetzgebende Mehrheit braucht nicht mehr in die Perspektive der von dem Gesetz betroffenen Minderheit zu wechseln, um herauszufinden, ob sie auch dann noch das Gesetz wollen könnte, wenn sie zur benachteiligten Minderheit gehören würde. Mit den auf Lebensformen bezogenen Unterscheidungen zwischen Abweichung und Normalität, Eigenem und Fremden schließt der Gesetzgeber die auf der jeweils negativ besetzten Seite stehenden Menschen aus dem gebotenen Perspektivenwechsel aus. Freiheitseinschränkungen durch präventives Strafrecht und ein mit polizeilichen Methoden ausgestattetes Strafverfahrensrecht werden von der Mehrheit der Bürger/-innen nicht mehr gefürchtet, weil diese weiß, dass sie sich immer auf der jeweils positiv besetzten Seite wiederfinden wird. Die nachteiligen Folgen der Freiheitskontrolle, die realen Freiheitsverluste durch präventive Maßnahmen oder repressive strafrechtliche Sanktionen werden nur bei den anderen, bei der abweichenden Minderheit, eintreten. Die mehrheitlich akzeptierten Lebensformen igeln sich gleichsam ein und machen Gesetze nur noch für sich zum Überleben in einer als fremd und feindlich wahrgenommenen Umwelt. Konkret: Moderne Überwachungstechniken von der polizeilichen Observation über das heimliche Abhören von Privatwohnungen bis zum Ausspionieren von Computern und zur Vorratsdatenspeicherung – alle diese massiven Eingriffe in die individuelle Freiheit empören niemanden mehr, der sich in seinem beobachteten individuellen Freiheitsgebrauch auf der sicheren Seite der Normalität weiß. Alle anderen sind potentielle oder tatsächliche Feinde und dürfen in ihrem Freiheitsgebrauch soweit beschränkt werden, wie dies für die Sicherheit der partikularen Lebensform eines kollektiv akzeptierten Freiheitsgebrauchs (d.h., der Mehrheit) erforderlich ist.

7.

Dieses Argumentationsmuster wird noch einmal verstärkt durch die Gefahren des internationalen Terrorismus. Hier geht es dann auch ganz explizit um die Verteidigung der eigenen Lebensform gegen Fremde und Feinde. Terroristische Anschläge lassen die Verletzlichkeit der eigenen Lebensform auf dramatische Weise offenbar werden. Der präventive Aspekt des Strafrechts wird noch weiter ausgedehnt. Ein wichtiges Merkmal ist wiederum die Vorverlagerung der Strafbarkeit weit über den Beginn einer Rechtsgutsgefährdung hinaus. Exemplarisch erkennen lässt sich dies an den in den Jahren 2009/2015 geänderten Absätzen des § 89 a des Deutschen Strafgesetzbuches, mit denen die „Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat“ unter Strafe gestellt wird. Sie betrifft Vorbereitungshandlungen im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, verwischt also die Grenze zwischen (strafbarem) Versuchsbeginn und (strafloser) Vorbereitungshandlung. Sehr weit geht insbesondere § 89 a Abs. 2a, dessen Tatbestand als reines Unternehmensdelikt ausgestaltet ist: Hier ist die Tat bereits vollendet, wenn der Täter es unternimmt, in einen Staat auszureisen, um sich dort in der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Straftat unterweisen zu lassen. Die Strafverfolgung bildet einen „funktionalen Fahnungsverbund“ mit Polizei, Geheimdiensten und Militär. Alle Maßnahmen dieser Art werden zudem auch international koordiniert, wie z.B. der jüngste Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Rates und des Parlamentes zur Terrorismusbekämpfung von 2015/16 zeigt (COM (2015) 625 final). Ein Beispiel für verborgene Maßnahmen ist die

globale Überwachung des mobilen Telefon- und Datenverkehrs durch die US-amerikanische Behörde NSA. Solange, wie das oben erläuterte Argumentationsmuster funktioniert, also die Mehrheit nicht damit rechnet, von den präventiven Maßnahmen und Operationen in einer ihre Freiheiten einschränkenden Weise betroffen zu sein, wird dies nicht als illegitim empfunden.

Parallel dazu lässt sich ein sinkendes Interesses an der individuellen Freiheit als einem allgemeinen und gleichen Recht feststellen. Freiheitsgebrauch erscheint generell als risikant. Und soweit bestimmte Formen und Weisen des Freiheitsgebrauchs identisch sind mit der partikularen Lebensform moderner Wohlfahrtsstaaten, wird diese Lebensform verteidigt, aber nicht die Freiheit. Deshalb erscheinen alle staatlichen Interventionen in die Freiheit nicht mehr als bedrohlich, wenn sie nur die Sicherheit der Lebensform garantieren. Aber was bleibt von der Freiheit eigentlich übrig, lässt sich weiter fragen, wenn wir uns in unserem Verhalten immer extensiver und intensiver kontrollieren lassen? Möglicherweise geht damit der Sinn für das Moment der Freiheit verloren, das zu ihrer Bedeutung als *agency*, als Handlungsmächtigkeit gehört, das Moment des Neu-Anfangen-Könnens, des Spontanen, Überraschenden und von der Normalität Abweichenden.

Freiheit in diesem Sinne erscheint dann weitgehend nur noch mit Blick auf Andere als Risiko und mit Blick auf sich selbst als Überforderung. Die vielleicht größte Bedrohung der individuellen Handlungsfreiheit als einem Rechtsprinzip kommt daher nicht nur von staatlichen und privaten elektronischen Überwachungssystemen oder durch andere Einschränkungen des Sicherheits(straf-)rechts. Möglicherweise kommt sie aus dem Inneren, aus einem schleichenden Desinteresse an der Freiheit. Michel Houellebecq hat diese Bedrohung in seinem jüngsten Roman „Unterwerfung“ mit der männlichen Hauptfigur auf den Punkt gebracht. Er führt ein trauriges Leben, in dem ihm jeder Sinn für die eigene Handlungsmacht abhandengekommen ist, und zwar so vollständig und umfassend, dass er es noch nicht einmal schafft, den geplanten Suizid auszuführen. Da erscheint ihm ein Leben ohne Autonomie, ein Leben in freiwilliger Knechtschaft und Abhängigkeit von fürsorglichen Patronen als einziger noch lohnender Ausweg. Zu diesem gleichsam von der Bürde der Freiheit erlösenden Eingeständnis kommt er, als er die verschleierten Ehefrauen eines muslimischen Mannes in der Eisenbahn beobachtet: „Natürlich verloren sie (d.i., die Frauen) ihre Autonomie, aber *fuck autonomy*, ich kam nicht umhin, mir einzustehen, dass ich ohne Probleme und sogar mit großer Erleichterung auf jede Art von beruflicher oder geistiger Verantwortung verzichtet hatte.“²⁰ Auch wenn dieser dystopische Roman eine ferne (und hoffentlich niemals eintretende) Zukunft beschreibt, so lässt sich an den Verfassungskrisen in Europa sowie an der zunehmenden Sympathie für autoritär agierende Regierungen sowohl in Europa als auch in den USA beobachten, dass individuelle und politische Freiheit an Bedeutung verlieren. Schutz und Sicherheit der eigenen Lebensform, die aggressive Selbstverteidigung der vermeintlich homogenen Identität einer Gemeinschaft gegen Fremde und Feinde werden höher geschätzt als die Freiheit.

Nun wäre es freilich ein zu leichtes Spiel, daraus einen moralischen Vorwurf zu münzen. Dies entspräche der wohlfeilen neoliberalen Argumentationstechnik, den tatsächlichen Globalisierungsverlierern und denjenigen, die fürchten, bald dazu zu gehören, die Überforderung durch Freiheit vorzuwerfen und ihnen den Verliererstatus dann auch noch zur eigenen Verantwortung zuzurechnen. Die Gefahr geht eher von denjenigen aus, die sich die Sorge um die Verletzlichkeit zunutze machen und von den öffentlichen wie

20 Michel Houellebecq, Unterwerfung, Köln 2015, S. 202f.

privaten Regimes kontrollierter Freiheit profitieren. Houellebecq hat in seiner Rede zur Verleihung des Schirrmacher-Preises 2016 den Autor zitiert, der vor einem aus der Demokratie selbst erwachsenden Despotismus schon im Jahre 1840 gewarnt hatte²¹: über den sich zunehmend vereinzelnden, nur noch um ihr eigenes Wohlergehen besorgten Bürgern erhebe sich „eine gewaltige, bevormundende Macht, die allein dafür sorgt, ihre Genüsse zu sichern und ihr Schicksal zu überwachen. Sie ist unumschränkt, ins einzelne gehend, regelmäßig, vorsorglich und mild. [...] Sie arbeitet gerne für deren (d.i., der Bürger) Wohl; sie will aber dessen alleiniger Betreuer und einziger Richter sein; sie sorgt für ihre Sicherheit, sie misst und sichert ihren Bedarf, erleichtert ihre Vergnügungen, führt ihre wichtigsten Geschäfte, lenkt ihre Industrie, ordnet ihre Erbschaften, teilt ihren Nachlass; könnte sie ihnen nicht auch die Sorge des Nachdenkens und die Mühe des Lebens ganz abnehmen?“²² In dem Maße, wie die bevormundende, wohltätige Macht dies unternimmt, entzieht sie dem Freiheitssinn seinen Nährboden: „Auf diese Weise macht sie den Gebrauch des freien Willens mit jedem Tag wertloser und seltener; sie beschränkt die Betätigung des Willens auf einen kleinen Raum, und schließlich entzieht sie jedem Bürger sogar die Verfügung über sich selbst [...]\“, bis das Volk „eine Herde ängstlicher und arbeitsamer Tiere bildet, deren Hirte die Regierung ist.“²³ Wenn Houellebecq sagt, diese Passagen enthielten „praktisch mein gesamtes Werk“, so folgt er darin Tocquevilles Befürchtung, dieser Despotismus erwachse aus einem Verfall demokratischer Tugenden und Sitten. Aber beide übersehen, dass die bevormundende, wohltätige Macht nicht aus dem Nichts hervorgerufen wird, sondern latent immer schon da ist und sich zur wirksamen Manifestation steigert, wenn sie die Sorge um Sicherheit für sich nutzen kann. Ihr erstes Ziel besteht darin, die Idee des allgemeinen und gleichen Freiheitsrechts umzulenken auf das Interesse am Schutz der eigenen Lebensform. Mit deren Sicherung erst geht auch das Interesse an der Freiheit verloren. Nicht zufällig wird in diesen Kreisen der Macht auch die Aufklärung verachtet. Dann ist auch das aufgeklärte Strafrecht am Ende. Das Strafrecht schützt dann die Herde ängstlicher und arbeitsamer Tiere vor den Irritationen durch die wenigen „ursprünglichsten Geister und stärksten Seelen“²⁴, die von ihrer Freiheit einen *souveränen* Gebrauch machen.

21 Michel Houellebecq, Ich bin ein halber Prophet, in FAZ Nr. 226 vom 27.9.2016, S. 9.

22 Alexis de Tocqueville, Über die Demokratie in Amerika, Bd. II, dt. Ausg. Zürich 1987, S. 463f.

23 Tocqueville, a.a.O., S. 464.

24 Tocqueville, a.a.O.