

einem Zustand allseitiger Freiheit voraussichtlich an guter Privaterziehung nicht fehlen werde.⁷⁴

3. *Wo wir heute stehen*

Es ist leicht erkennbar, dass es dieses Konzept ist, das bis heute hinter allen Einwänden gegen edukatorisches Staatshandeln steht.⁷⁵ Ebenso wird man ohne weiteres sagen können, dass es in seinem sachlichen Kern, der Begründung des Staates aus dem Prinzip der individuellen Freiheit, auch die ideelle Basis des Grundgesetzes bildet. Allerdings gibt es gute Gründe für die Annahme, dass es jenseits dieses Kerns, nämlich gerade in den hier interessierenden Konsequenzen zu kurz greift. Diese lassen sich historisch erklären als spezifische Reaktion auf die überzogenen Tugendzumutungen des frühneuzeitlichen Wohlfahrts- und Polizeistaates, die aber in der berechtigten Zurückweisung dieser Zumutungen zugleich über das Ziel hinausschießt. Das betrifft vor allem die strikte Trennung von Recht und Moral in der Tradition Kants und die daraus resultierende vollständige Zurückdrängung des Staates auf eine bloß äußere Ordnung, der die Gesinnung der Bürger ganz gleichgültig zu sein hat. Beides ist zugeschnitten auf einen Staat, der die Gesellschaft weitgehend sich selbst überlässt und sich ganz darauf beschränkt, deren Sicherheit im Sinne eines Schutzes vor gewaltsamen Übergriffen zu garantieren. Dafür reicht es in der Tat aus, die Freiheit des einen dort zu beschränken, wo sie mit der Freiheit des anderen kollidieren kann, so wie es in Kants berühmter Definition des Rechts beschlossen liegt.⁷⁶ Allerdings ist es bereits ein Irrtum zu glauben, dass dem Staat dafür die Moral und die Einstellungen seiner Bürger ganz gleichgültig sein können. Das übersähe die eigenartige Paradoxie, auf die gerade ein minimalistischer Staat wie dieser gegründet ist. Als solcher will er so wenig

74 *W. v. Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, 1792, Kap. VI.

75 Vgl. nur *Dreier* (Fn. 69), JZ 2004, 747.

76 Recht als „Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“, *Kant* (Fn. 68), S. 337.

wie möglich regulieren und kontrollieren; es ist dies ja geradezu die Grundidee des Liberalismus, der der freien Entfaltung seiner Bürger so viel Raum wie möglich geben und prinzipiell alles ihrer freien Entscheidung überlassen will. Durchhalten lässt sich dies aber nur dann, wenn die Bürger das, was dieser Staat an Anordnungen trifft, in hohem Maße auch freiwillig befolgen; geschieht dies nicht, müsste er eben doch hinter jeden von ihnen einen Polizisten stellen. Je liberaler der Staat daherkommt, desto stärker muss er also darauf bauen, dass seine Bürger seine Regeln aus innerer Einsicht annehmen, und was sollte dagegen sprechen, dass er diese Einsicht – so freiheitsschonend wie möglich, aber eben doch auch aktiv – fördert?⁷⁷ Das zentrale, wenn nicht einzige Gebot eines solchen Staates ist das neminem-laedere-Prinzip, das Gebot, andere nicht zu schädigen, und gerade hinsichtlich dieses Gebots – das als Verbot der Tötung, der Körperverletzung, des Diebstahls etc. rechtlich aktualisiert wird – muss es dem Staat darauf ankommen, dass es dem Bürger zu einer zweiten Natur wird, zu einer Gewohnheit, über die gar nicht mehr nachgedacht wird.⁷⁸ Zugleich sind dies eben auch alles moralische Gebote, Elemente einer Minimalmoral, von denen das Recht gar nicht isoliert werden kann und selber in den Dienst genommen wird.⁷⁹ Gerade das Strafrecht zielt deshalb heute in seiner praktischen Anwendung auf eine Veränderung der Einstellungen zum Recht: in den Vorstellungen der Spezial- und Generalprävention, in den Maßnahmen der Sicherung und Besserung, die sich seit langem auch im Erwachse-

77 Veranschaulichen lässt sich dies auch an dem bekannten Satz von *Ernst-Wolfgang Böckenförde* („Der freiheitliche Staat lebt von Voraussetzungen …“), der letztlich nur eine der Umschreibungen der beschriebenen Paradoxie ist. Die „Voraussetzungen“, von denen hier die Rede ist, gehen freilich über die oben angesprochene Einsichtigkeit im Sinne einer inneren Normbejahung hinaus; sie beziehen sich auf ein fundierendes, möglicherweise auch aus religiösen Antriebskräften gespeistes Ethos, vgl. *E.-W. Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, jetzt in: ders. (Fn. 28), S. 92 (112ff.). Auch *Böckenförde* selbst hat diesen Satz freilich nie so verstanden, als sei dem Staat die Hege und Pflege dieser Voraussetzungen untersagt, vgl. ders. (Fn. 28), S. 31ff.

78 Treffend spricht insoweit *Hegel* vom „Grundgefühl der Ordnung, das alle haben“; erst dieses und nicht „die Gewalt“, wie die Vorstellung oft meine, halte den Staat zusammen, ders. (Fn. 71), § 268 Zusatz.

79 Vgl. *H. L. A. Hart*, The Concept of Law, dt. Der Begriff des Rechts, 1. Aufl. 1973, S. 255f., 266ff.

nenstrafrecht finden, in neuen Formen der Sozialtherapie wie dem Täter-Opfer-Ausgleich. Aber auch in der Strafbarkeit selbst steckt, wie man heute weiß, eben auch ein „Unwerturteil“, ein Akt der Missbilligung, der dann eben auch als solcher wahr- und innerlich angenommen werden soll.⁸⁰

Vollends obsolet werden die strikte Trennung von Recht und Moral und die Zurückdrängung des Staates auf einen bloß äußerlichen Rahmen in dem Moment, in dem dieser sich von der Beschränkung auf die bloße Ordnungswahrung löst. Solange diese galt, mochte man sich immerhin für eine Zeitlang noch der Illusion hingeben, dies sei eine rein technische Aufgabe, für die das Recht nur als eine Art Zaun um die individuellen Freiheiten herum benötigt wurde. Spätestens mit der Erweiterung des staatlichen Aufgabenkreises um die Lösung der sozialen Frage entfiel dafür die Prämisse. Vom Nachtwächterstaat, als der er bei Ferdinand Lassalle verspottet war, wandelte sich der Staat dadurch zu einem aktiven, in die Gesellschaft intervenierenden Staat, der seine Bürger sozial absichert und selber die soziale Gerechtigkeit zu seinem Thema macht.⁸¹ Von hier aus ist er allmählich in eine „Globalverantwortung“ für Bestand und Entwicklung der Gesellschaft in sozialer, ökonomischer, ökologischer und kultureller Hinsicht eingerückt, die in der Sache auf die Verwirklichung dessen zielt, was in den jeweiligen Bereichen als moralisch richtig und politisch billig angesehen wird.⁸² Unter diesen Bedingungen nähern sich aber auch die in den vorhergehenden Abschnitten beschriebenen Staatskonzeptionen einander an, bei denen es sich so, wie sie dort beschrieben sind, ohnehin nur um Idealtypen handelt, die in dieser Reinform nie existiert haben. Auch die Grenze zwischen ihnen erweist sich daher in gewissem Umfang als verschiebbar und hängt in ihrem jeweiligen Verlauf wesentlich von den Aufgaben ab, die dem Staat zur Erfüllung zugewiesen werden. Es sind dann wesentlich Umfang und Grenzen dieser Aufgaben, die in einem ersten Zugriff auch über die Legitimität eines Handelns entscheiden, das in einem weiteren Sinne als erzieherisch bezeichnet werden kann. Von ihnen aus aber ist

80 C. Roxin, Strafrecht AT, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 7 Rn. 64ff.

81 Vgl. die klassische Definition des Sozialstaates in BVerfGE 22, 180 (204).

82 Die Formulierung von der Globalverantwortung etwa bei D. Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl. 1994, S. 412f.

oft gar nicht einzusehen, warum dem Staat eine Beeinflussung der Einstellungen der Bürger, und zwar einschließlich ihrer Lenkung und Veränderung in eine bestimmte Richtung, verwehrt sein soll, wenn sich das gesetzte Ziel am Ende so und nur so erreichen lässt. Die Bewahrung der natürlichen Umwelt etwa, die dem Staat nunmehr durch Art. 20a GG ausdrücklich aufgetragen ist, kann nicht einseitig gegen die Bürger durchgesetzt werden, sondern nur zusammen mit ihnen, als Gemeinschaftsprojekt von Staat und Gesellschaft,⁸³ und das setzt eben die Verankerung eines entsprechenden Bewusstseins in der Bevölkerung, letztlich also eine neue Umweltmoral, notwendig voraus. Wenn der Auftrag insofern ausdrücklich auch auf die „Verantwortung für die künftigen Generationen“ bezogen wird, erhellt das im Übrigen die moralische Dimension der ganzen Frage. Auch ein flächendeckender Schutz vor Diskriminierung, wie er mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz bezeichnet ist, kann auf lange Sicht nur greifen, wenn Diskriminierung eben auch als gesellschaftliche Haltung nach und nach zum Verschwinden gebracht wird. Der Streit, der darum aufflackert, betrifft so gesehen oft weniger die Berechtigung von Erziehung an sich, auch wenn das Wort weiterhin Unbehagen oder Abneigung auslöst. Er betrifft in den meisten Fällen vielmehr die Berechtigung oder die Priorität des jeweils verfolgten Ziels an sich, und die Härte, mit der er etwa im Fall der Antidiskriminierungsgesetzgebung ausgefochten wurde, belegt, wie wenig Einigkeit darüber in einer pluralistischen Gesellschaft noch zu erzielen ist.⁸⁴

83 In diesem Sinne auch § 7 Abs. 1 UGB-E (Fn. 17).

84 Richtig gesehen von *Britz* (Fn. 11), 395.