Professor Dr. Karl-Ludwig Kunz, Bern*

Der Rechtsstaat in der Defensive?

Die Idee des Rechtsstaats ist Richtwert und Garant für die Gewährleistung individueller Grundfreiheiten. Die Verwirklichung dieser Idee in nationalstaatlichen Rechtsordnungen gelang stets nur begrenzt. Heute hat der Nationalstaat als alleiniger Gestalter des Rechts an Bedeutung verloren. In der sich entwickelnden globalen Weltgesellschaft überlagern sich nationale, trans- und supranationale Rechtsräume und bilden ein uneinheitliches, teilweise widersprüchliches Regelungsgeflecht, in dem schützende Rechtsformen zunehmend flexibilisiert werden. Wie kann die Idee des Rechtsstaats unter diesen schwierigen Bedingungen gerettet werden?

I. Einleitung

Vermutlich stimmen viele intuitiv zu, dass das Rechtsstaatskonzept trotz unverändertem, ja wachsendem Bedürfnis an Gewährleistung von Grundrechten und Rechtsgleichheit an Bedeutung verloren hat und die ihm zugedachten Aufgaben nur mehr unzureichend zu erfüllen vermag. Der dem 19. Jahrhundert entstammende Rechtsstaatsbegriff ist durch gesellschaftliche Strukturen geprägt, die inzwischen weitgehend der Vergangenheit angehören. Der sozioökonomische Wandel, der sich in Begriffen wie „Globale Risikogesellschaft der Spätmoderne" andeutet, hat die Bezugspunkte verschoben, auf die das Rechtsstaatskonzept einen ordnenden und kontrollierenden Einfluss zu nehmen suchte. In Folge dessen richtet sich unser Interesse darauf, welche Funktion diesem Konzept heute noch zukommt, insbesondere, inwieweit es (noch) zur Beförderung materieller Rechtsstaatlichkeit taugt.

Im Zentrum meiner Überlegungen stehen folgende Fragen: Soll man sich mit der Entwicklung abfinden oder kann man ihr allenfalls etwas entgegensetzen? Lässt sich das Konzept des Rechtsstaats zeitgerecht interpretieren und damit zu einer neuen Bedeutung verhelfen, oder künftig durch ein anderes Korrektiv ersetzen? Hat sich etwa das Verhältnis des Rechtsstaats zur Demokratie derart verändert, dass diese inzwischen traditionell rechtsstaatliche Funktionen der Machtbegrenzung übernommen hat? Was folgt aus dem Bedeutungsverlust des Nationalstaats für das Rechtsstaatskonzept? Lässt sich angesichts der fortschreitenden Globalisierung die Weltgesellschaft als neuer Garant von Rechtsstaatlichkeit bestimmen? Oder können auf verschiedenen Ebenen sich überlagernde nationale, supra- und internationale Regelungssysteme in ihrer Gesamtheit angemessene rechtsstaatliche Garantiefunktionen übernehmen?

Ich möchte bewusst bei dem Thema vorerst das im Titel meines Vortrags gesetzte Fragezeichen stehen lassen. Zunächst will ich in einem historischen Exkurs darauf eingehen, was überhaupt Rechtsstaatlichkeit bedeutet. Wir werden erkennen, dass der Begriff durchaus nur begrenzt die Aufgaben erfüllt, die man an ihn stellt, und das Erbe seiner Geschichte ihn belastet.

Die Idee des Rechtsstaats ist faszinierend. Für diesen Traum stehen Begriffe wie *rule of law*, *constitutional state*, *civil rights*, *due process*, *séparation des pouvoirs* oder eben

* Der Autor lehrt als Ordentlicher Professor Strafrecht und Kriminologie sowie die rechtswissenschaftlichen Grundlagenfächer (Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie) an der Universität Bern. Er war Gastprofessor an der University of British Columbia (Kanada), an der *School of Criminology* der Simon Fraser University (Kanada), an der Kansai-Universität, Osaka (Japan), und an der China University of Political Science and Law, Beijing (China). Derzeit ist er *Senior Fellow* des Alfried Krupp Wissenschaftskollegs Greifswald. Der Beitrag stellt eine Verschriftlichung einer *Fellow-Lecture* vom 04.06.2012 dar.

Rechtsstaat. Sie bilden gewissermaßen die Essenz des Rechts, welche in der dauerhaft verlässlichen Absicherung von konsensfähigen Grundwerten besteht, die sich auf die Wahrnehmung individueller Freiheit und Verantwortung für die Gemeinschaft beziehen. Damit drücken diese Begriffe einerseits die universelle regulative Idee einer anzustrebenden „Herrschaft des Rechts" aus. Andererseits entstammen sie spezifischen soziokulturellen Kontexten und spiegeln diese in all ihren Unzulänglichkeiten und faktischen Defiziten an sozialer Gerechtigkeit. Es gibt keine perfekte Manifestation der „Herrschaft des Rechts", sondern nur bodenständige Gewächse, die nach deren Verwirklichung streben. Ihre Wurzeln sind in zeitgeschichtlichen Vorstellungen des „guten" Gemeinwesens und der Mittel zu seiner Verwirklichung geerdet. Die „Herrschaft des Rechts" ist nie völlig erreicht, sondern stets bestenfalls ein bruchstückhaft verwirklichtes Projekt, dessen Vervollkommnung erstrebenswert ist. Dabei haben die darauf bezogenen Begriffe in ihrer hohl klingenden Universalisierbarkeit durchaus auch ein ideologisch legitimatorisches Potential, insofern sie sich dazu eignen, bei nahezu jeglichen soziokulturellen Strukturen die Herrschaft des Rechts als annähernd verwirklicht zu behaupten.

II. Zur Geschichte des schillernden Rechtsstaatsbegriffs

Im Gegensatz zur angelsächsischen *rule of law*, welche flexibler, eher prozedural geprägt und weniger staatsbestimmt ist, bezieht sich das deutsche Konzept der „Rechtsstaatlichkeit" auf die Idee des Schutzes der individuellen Freiheit durch legalistische Bindung der Staatsgewalt an das für alle geltende und seine Verhaltensgebote verständlich vermittelnde Recht. Kurz gesagt: Rechtsstaat ist ein Staat, der durch das Recht bestimmt und begrenzt wird. Im geläufigen Verständnis enthält das Rechtsstaatsprinzip neben der formalen Komponente des Schutzes vor Willkür durch staatliche Gesetzesbindung die materielle Komponente des Schutzes vor Unrecht durch staatliche Bindung an Verfassung und Gerechtigkeit. Art. 20 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes bestimmt entsprechend: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden".

Bereits in *Immanuel Kants* individualistisch-liberaler Bestimmung des Rechts zur Gewährleistung maximaler bürgerlicher Freiheit ist das Rechtsstaatskonzept implizit enthalten. *Kant* versteht in seinem rechtsphilosophischen Hauptwerk, der *Metaphysik der Sitten*, den Staat als Vereinigung von Menschen unter Rechtsgesetzen. Dabei fällt dem Staat die Aufgabe zu, die legitimen Freiheitssphären aller in Rechtsgesetzen zu konkretisieren.[1] Damit vertritt *Kant* ein formales Rechtsstaatsverständnis, welches durch die Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns Freiheitsräume für die Bürger zu wahren bemüht ist. Nur andeutungsweise findet sich in *Kants Kritik der Urteilskraft*[2] ein weitergehendes Rechtsstaatsverständnis, welches sich der Demokratie öffnet, indem es das Freiheitsproblem nicht bloß bipolar im Verhältnis zwischen Individuum und Staat, sondern ergänzend in der Beziehung zwischen den Individuen untereinander verortet.

Diese den Rechtsstaat mit der Demokratie in Verbindung bringenden Überlegungen fanden in der deutschen Rechtsstaatsdiskussion des 19. Jahrhunderts keine Nachahmung.[3] Auch die bürgerliche Revolution von 1848 musste sich angesichts der gegebenen politischen Machtverhältnisse letztlich mit einem rein formalen Rechtsstaatsverständnis bescheiden. Im Widerspruch zum Postulat der Gleichheit aller vor dem Gesetz sah die Reichsverfassung vom 28. März 1849 ein erbliches Staatsoberhaupt vor, und es wurde an eben diesem Tag der preußische König als solches gewählt. In der Folge musste sich der deutsche politische Liberalismus mit dem preußischen Obrigkeitsstaat arrangieren. Die Idee des Rechtsstaats entwickelte sich so neben dem „monarchischen Prinzip", ohne dieses in Frage stellen zu können. Ohne staatsbegründende Bedeutung, diente die Idee des Rechtsstaats bloß der Begrenzung der obrigkeitlichen Staatsgewalt und bekam so den Charakter einer Defensivveranstaltung.[4]

Gesellschaftspolitisch betrachtet war der Begriff des „Rechtsstaates" das normative Modell eines spezifisch juristischen Liberalismus', dazu bestimmt, die obrigkeitsstaatliche Macht mit juristischen Mitteln zu domestizieren und ihr im Wesentlichen die Funktion zuzuweisen, die individuellen – vor allem ökonomischen – Entfaltungsmöglichkeiten innerhalb der bürgerlichen Erwerbsgesellschaft zu schützen. So wahrt das Rechtsstaatskonzept zugleich einen Überlebensraum für autoritäres Regieren, schafft eine Schutzzone für individuelle Handels- und Gewerbefreiheiten und errichtet ein Bollwerk gegen systemtranszendierende Veränderungen.[5] Noch bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts wurde dieses konservativ-obrigkeitsstaatliche Konzept in autoritären Staaten Lateinamerikas unter dem Begriff *estado de derecho* praktiziert.[6]

Unter dem Einfluss des Rechtspositivismus bezog sich das Rechtsstaatskonzept darauf, das obrigkeitsstaatliche Betätigungsfeld juristisch zu umzäunen. Der materielle Gehalt der Grundrechte wurde kaum konkretisiert. Stattdessen beschränkte man sich darauf, den verfahrensmäßigen Umgang mit dem Bürger in feste Formen zu zwingen, welche den Anforderungen der Bestimmtheit gesetzlicher

1 *Immanuel Kant*, Die Metaphysik der Sitten, 1968, S. 312 f.

2 *Immanuel Kant*, Kritik der Urteilskraft, 1968, insbes. § 40.

3 Genau betrachtet wurde diesen Überlegungen erst Ende des 20. Jahrhunderts in den USA durch *John Rawls* zu neuem Ausdruck verholfen, vgl. *John Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1990.

4 *Richard Bäumlin*, Rechtsstaat, in: Roman Herzog/Hermann Kunst et al. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, 3. Aufl. 1987, 2806 (2811).

5 *Bäumlin*, in: Herzog/Kunst (Fn. 4), 2806 (2811 ff.).

6 *Bernardino Bravo Lira*, Ejército y Estado de derecho en Chile (siglos XVI al XX). Estudios Públicos, 1996, S. 61.

Vorschriften, der Voraussehbarkeit von Justiz- und Verwaltungsentscheiden und ihrer Überprüfbarkeit in einem gerichtlichen Instanzenzug entsprachen. Negativ ausgedrückt, erscheint der Rechtsstaat damit als blutleerer Rechtswegstaat: Der „bloß" formale Rechtsstaat wirkt wie ein Knochengestell ohne Fleisch, über welches ein schier beliebiges obrigkeitsstaatliches Gewand gestülpt werden kann.

Durch Konservierung obrigkeitlicher Strukturen verschließt sich dieses Rechtsstaatskonzept einer gesellschaftlichen Entwicklung hin zur Demokratie. Das Verhältnis zwischen Rechtsstaat und Demokratie beeinflusst noch heute die Staatsverständnisse Deutschlands und der Schweiz. Während in Deutschland rechtsstaatliche Strukturen lange vor demokratischen eingeführt wurden, war dies in der Schweiz umgekehrt. Im Konfliktfalle entscheidet sich Deutschland immer noch für den Rechtsstaat, die Schweiz hingegen für die Demokratie. In der überspitzten Formulierung von *Peter Noll* liegt ein Stück Wahrheit: Deutschland ist ein Rechtsstaat, aber kaum eine Demokratie; in der Schweiz verhält es sich umgekehrt.[7]

Das bloß formale, gegenüber demokratischen Entwicklungen gleichgültige Verständnis des Rechtsstaats blieb dank verschiedener theoretischer Überhöhungen in der Weimarer Republik dominant. So bestimmte *Max Weber* den regelgebundenen und berechenbaren Betrieb von Amtsgeschäften durch einen routinierten Behördenapparat als „rationale Herrschaft", schlechthin mit der Folge, dass für ihn jeder Staat mit bürokratisch funktionierendem Rechtsstab als Rechtsstaat gilt.[8] Die Wiener Schule der österreichischen Staatsrechtslehrer, allen voran *Hans Kelsen*, hielt in neukantianischer Scheidung von Sein und Sollen am Rechtspositivismus fest. *Kelsen* dekretierte in seiner Schrift „Reine Rechtslehre"[9] die normative Sprache der Rechtsform als einziges Thema der Rechtswissenschaft und den Geltungsgrund des Rechts allein in seiner positiven Gesetztheit. Damit erkannte *Kelsen* jeglicher staatlichen Zwangsordnung Rechtsqualität zu. Der Staat ist für *Kelsen* „ein König Midas, dem alles, was er ergreift, zu Recht wird"[10], womit jeder Staat notwendigerweise immer schon Rechtsstaat ist. Im Gegensatz dazu propagierte *Carl Schmitt* einen die faktische Entscheidungsmacht akzeptierenden soziologischen Positivismus, dem zu Folge der Geltungsgrund der Verfassung – als der Grundentscheidung über Art und Form der staatlichen Existenz – die Dezision des Machthabenden ist.[11] *Schmitt* stufte mit seiner Unterscheidung von Verfassung und Verfassungsgesetz die positivrechtliche Verfassung zu einem bloßen Verfassungsgesetz herab, welches in Zeiten eines krisenhaften Ausnahmezustandes durch die Exekutive suspendiert und durchbrochen werden kann. Souverän ist für ihn, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.[12] Der verfassunggebende Souverän ist selbst nicht verfasst, also nicht an Rechtsnormen gebunden. Damit relativiert *Schmitt* die Verbindlichkeit des positiven Rechts und dynamisiert seine Anpassung an das jeweils vorherrschende politische Regime. Der Rechtsstaat bleibt für *Schmitt* gewahrt, wenn die Exekutive ein Verfassungsgesetz wie immer ideologisch-politisch einseitig interpretiert; im Gegenteil ist es für ihn geradezu ein Kennzeichen von Rechtsstaatlichkeit, wenn eine formelle Verfassungsnorm im Sinne der eigentlichen „völkischen" Verfassung des existentiellen Gemeinwohls umgedeutet wird.[13]

An *Schmitt* anknüpfend, der sich in der Folge zum Nationalsozialismus bekennt, wird von Autoren wie *Heinrich Lange* die Überordnung einer im Sinne der NS-Ideologie auszulegenden „materialen Rechtmäßigkeit" über die Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns propagiert. Damit wird das positive Recht durch Anwendung eines unbegrenzt auslegbaren und diktatorisch zu bestimmenden ungeschriebenen „Volksrechts" relativiert.[14]

Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland versteht das Rechtsstaatsverständnis als eine der Verfassung vorausgehende „Grundentscheidung" für einen demokratischen und sozialen Rechtsstaat (Art. 20 Abs. 1, 28 S. 1 GG). Diesem „vorverfassungsmäßigen Gesamtbild" entsprechen Grundrechte, die nicht nur als Abwehrrechte gegen den Staat, sondern als Bedingungen der Möglichkeit demokratischer und gewollt kritischer Partizipation des Bürgers am Gemeinwesen zu verstehen sind. Zugleich folgt aus dieser „Grundentscheidung" die Aufgabe, den klassischen formalen Rechtsstaat hin zu einem „sozialen" weiter zu entwickeln. Mehr soziale Gerechtigkeit durch Förderung von Chancengleichheit wird damit zur Aufgabe.

Die im deutschen Grundgesetz vorgesehenen demokratischen und sozialen Komponenten des Rechtsstaats verlieren mit dem etwa 1975 einsetzenden Strukturwandel an Bedeutung: Erstere infolge verbreiteter Politikverdrossenheit, Wahlabstinenz und fehlender demokratischer Partizipation des ausländischen Teils der Wohnbevölkerung mangels Ausländerwahlrecht; letztere durch die Ablösung des Wohlfahrtsstaates durch eine neoliberal strukturierte Gesellschaft. Hinzu kommt das neue Bedrohungsthema des Terrorismus. Dadurch verkehrt sich das Verständnis des Rechtsstaats dahin, dass dieser nun weniger zur Bändigung der Staatsgewalt als vielmehr zur Legitimation verstärkter strafrechtlicher Repression und Bürgerüberwachung dienen soll. Der „wehrhafte" Rechtsstaat schützt nicht mehr Einzelne vor staatlicher Willkür, vielmehr rechtfertigt er den Ausbau des staatlichen Repressions- und Überwachungsinstrumentariums. Mehr und effizientere Bürgerkontrolle statt mehr

7 *Peter Noll*, Gedanken über Unruhe und Ordnung, 1985, S. 3 f.

8 *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, S. 125.

9 *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1983.

10 *Hans Kelsen*, Justiz und Verwaltung, Zeitschrift für soziales Recht 1928/29, 80 ff.: „Für eine positivistische Betrachtung, die das Recht nicht im Naturrecht verabsolutiert, ist der Staat ein König Midas, dem alles, was er ergreift, zu Recht wird".

11 *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 1993, S. 22, 75, 87.

12 *Schmitt* (Fn. 11), S. 13.

13 *Schmitt* (Fn. 11), S. 82 ff.

14 *Heinrich Lange*, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, 1934.

Bürgerfreiheit ist nun gefragt.[15] Der „wehrhafte" Rechtsstaat wendet sich somit gegen den liberalen und droht diesen aufzufressen.

Dieser historische Exkurs zeigt die Unbestimmtheit des je zeitbedingt geprägten Rechtsstaatsverständnisses, dessen Konkretisierung davon abhängt, ob es sich darauf bezieht, wie das Recht ist oder wie es sein soll. Wegen seines schillernden Charakters taugt der Rechtsstaatsbegriff als Vehikel zur Beförderung einer materiellen „Herrschaft des Rechts" nur beschränkt.

Hinzu kommt der bereits angesprochene Bedeutungsverlust dieses Begriffs durch die Entwicklung der Industriegesellschaft des 20. Jahrhunderts hin zu einer spätmodernen Weltgesellschaft. Damit will ich mich im Folgenden befassen.

III. Veränderte Sozialstrukturen und der damit verbundene Abbau der schützenden und gestaltenden Funktionen des Rechtsstaats

Hierzu stelle ich drei Thesen vor, die in der Folge zu erläutern sind. Erstens: Individuelle Freiheiten sind nicht mehr nur oder vornehmlich durch den Nationalstaat bedroht, auf welchen das Rechtsstaatskonzept gemünzt ist. Das Gemeinwesen, innerhalb dessen das nach wie vor prekäre Verhältnis zwischen kollektiver Macht und individueller Freiheit auszutarieren ist, ist heute vielmehr die globale Weltgesellschaft insgesamt. Zweitens: Das Recht unterliegt in Gesellschaftssystemen, die sich einer Risikogesellschaft annähern, auch im nationalen Bereich Veränderungen, welche die schützende Hülle der Rechtsförmlichkeit immer brüchiger werden lassen. Und schließlich drittens: Unter dem Eindruck schier unbeherrschbarer globaler Risiken entwickelt sich eine weltweite Angstkultur, die Prozesse der Entsolidarisierung und Ausgrenzung auslöst. Dadurch verliert das Recht seine Funktion als Garant von Freiheit und Chancengleichheit und reduziert seine Bedeutung auf die eines um Risikominderung bemühten Kontrollinstrumentes. Die neue „Kultur der Kontrolle"[16] löst das Recht aus seiner Ausrichtung auf die Bürgerfreiheit und macht es zu einem flexibel einsetzbaren Werkzeug, welches soziale Risiken situativ und zumeist nur symbolisch zu beherrschen vermag.

IV. Entstaatlichung durch Globalisierung

Das Recht trifft heute auf Regelungsgegenstände des globalen Austauschs von Menschen, Gütern und Daten. Der Regelungsbedarf richtet sich auf grenzüberschreitende Vorgänge und globale Sachverhalte mit weltweiter Auswirkung. Dadurch verändern sich die rechtlichen Steuerungssysteme.

Das klassische nationale Recht verliert sein Regelungsmonopol und erfährt transnationale Erweiterungen durch supranationales Recht, durch Modelle staatlicher Zusammenarbeit und durch Normproduktion in non-gouvernementalen Organisationen des Welthandels, des grenzüberschreitenden Umweltschutzes und des internationalen Sports. Infolge transnationaler Freizügigkeit und Migrationsströmen sind die mit den Instrumenten des Rechtsstaats zu schützenden Individuen weniger denn je mit den Staatszugehörigen identisch.

Rechtsnormen nationaler, trans- und internationaler Herkunft überlagern sich und schaffen eine vielschichtige, uneinheitliche Rechtswirklichkeit, die teilweise Wertungswidersprüche aufweist. Das schützende Gehäuse des nationalstaatlich definierten Rechtsstaats bricht an verschiedenen Stellen ein.

V. Der Abbau schützender Rechtsformen im neuen Risikorecht

Während vordem das Recht sich relativ klar und selektiv auf bestimmte Bereiche von Lebenssachverhalten bezog und seine Anwendung damit einigermaßen vorausberechenbar war,[17] werden im Recht der Risikogesellschaft diese festen Strukturen zunehmend flexibilisiert.

Die Form des Rechtssatzes, die vordem als konditionale Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge in einem starren „Wenn-Dann-Schema" verstanden wurde (streng konditionale Programmierung), gewinnt zunehmend eine offene Gestalt, die nur noch den Regelungszweck benennt und den Weg zur Zweckerreichung dem Ermessen des Rechtsanwenders überlässt. Tatbestandsmerkmale werden vermehrt in vagen Begriffen mit weiten Begriffshöfen formuliert. Die Rechtsanwendung beansprucht selbstbewusst die Kompetenz zu einer dynamischen Fortentwicklung des Rechts, zu der das Gesetz nur noch den äußeren Rahmen und die Verfahrensregeln vorgibt.

Auch die Rechtsfolgen werden vom Gesetz immer weniger abschließend benannt. Das Arsenal traditioneller gesetzlich bestimmter Rechtsfolgen wird um Kompetenzen zum Wechsel in informelle, nicht staatlich gelenkte Schlichtungsverfahren mit Konfliktlösungskompetenz der unmittelbar Betroffenen (im Privatrecht: Schiedsgerichte, im Strafrecht: Täter-Opfer-Ausgleich) erweitert.

Die mit Hoheitszwang ausgestatteten Rechtsgebiete des Polizeirechts und des Strafrechts gewinnen an gesellschaftlicher Bedeutung und bauen ihre rechtsstaatlichen Begrenzungen ab. So verliert das Strafrecht seine Funktion als ein auf Expertenwissen gestütztes und populäre Forderungen kritisch filterndes Regelungssystem.

In allen Rechtsgebieten verlieren Rechtsnormen den Gültigkeitsanspruch von „Jahrhundertwerken". Das Recht wird in der Risikogesellschaft zu einem lernenden Recht mit Experimentierspielräumen, welches durch

15 Zusammenfassend *Bäumlin*, in: Herzog/Kunst (Fn. 4), 2806.

16 *David Garland*, The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society, 2001.

17 Es soll nicht verleugnet werden, dass es sich bei jenen Anforderungen um normative Postulate handelt, die teilweise unzureichend eingelöst wurden. Als normative Postulate waren sie jedenfalls unangefochten!

zeitlich beschränkte Regelungen und Modellversuche ein *learning by doing* dauerhaft institutionalisiert.

Rechtsstaatliche Steuerungsmodelle klassischen Zuschnitts werden im Recht der Risikogesellschaft zunehmend um Formen kooperativen Rechts ergänzt. Das kooperative Recht eröffnet Gestaltungsspielräume zur Selbstregulierung und Privatisierung, schaltet in Entscheidungsprozessen nichtstaatliche Instanzen vor und bindet Betroffene durch Mitwirkungspflichten und Partizipationsangebote ein. Interessenverbände erhalten Kompetenzen zur autonomen Regulierung ihrer Interessenbereiche, wobei das Zusammenspiel von antagonistischen Interessen ausgleichende Verhandlungslösungen erzwingt. Auch in den traditionell hoheitlich regierten Bereichen der Kriminalitätskontrolle wird, durch Präventionsempfehlungen zur Eigenvorsorge unterstützt, privaten Anstrengungen um präventiven Opferschutz und organisierte Selbsthilfe Raum gegeben. So entstehen *public-private partnerships* zwischen Polizei, privaten Sicherheitsdiensten und privatinitiativ betriebener gemeindenaher Kriminalprävention.

Das derart gewandelte, um Risikoregulierung bemühte Recht, kann indessen die Konflikte der Risikogesellschaft nicht vollständig absorbieren. Als gesellschaftliches Immunsystem taugt das Risikorecht nur beschränkt.

Die gesellschaftliche Steuerungsfähigkeit des Rechts nimmt nämlich ab, wenn es ergebnisoffene Strukturen und Verfahren wählt, Entscheidungsverantwortung durch Kompetenzen zur kontextnahen Selbstregulierung delegiert und in seinen Zuständigkeiten durch nichtrechtliche und dennoch verbindliche Normen beschränkt wird. Dem Rechtsgehorsam wird die Grundlage entzogen, wenn das Recht nicht mehr klar sagt, was man tun und lassen soll.

Das traditionell auf Rechtsgüterschutz beschränkte Strafrecht wird zu einem Steuerungsmittel der Umwelt-, der Waffenexport-, der Wirtschafts- und der Drogenpolitik. Um all diese Aufgaben zu erfüllen, muss das Strafrecht von der punktuellen Repression konkreter Rechtsbrüche zur flexiblen und flächendeckenden Risikosteuerung umschwenken und dabei seine rechtsstaatlichen Fesseln lockern. Es muss sich auf schwer präzisierbare überindividuelle Rechtsgüter (wie Fairness des Börsengeschäfts, Reinheit der Luft) erstrecken, seine Interventionsschwelle durch abstrakte und potentielle Gefährdungsdelikte, Beweisvermutungen und weitgehende Strafbarkeit fahrlässigen Verhaltens vorverlagern, tunlichst auch juristische Personen für strafbar erklären, fragwürdige Ermittlungsmethoden (Telefon- und Videoüberwachung, V-Personen) und Erledigungsarten (*deals*) vorsehen.

Der Verlust an rechtsstaatlicher Bindung wird im Gegenzug nicht durch eine erhöhte Effizienz ausgeglichen. Da sogar ein als gesellschaftliches Steuerungsmittel funktionalisiertes Strafrecht seine starren Prinzipien der Zurechnung, Haftung und Beweislast nicht völlig abstreifen kann, sind seine Hände immer noch zu hölzern, um die neuen Aufgaben wirklich fassen und bewältigen zu können. Das Strafrecht bleibt so chronisch hinter den gesellschaftlichen Erwartungen an instrumenteller Effizienz zurück und wird weitgehend symbolisch: Einerseits werden mit ihm verbreitete Unsicherheitsgefühle angesprochen und an das Publikum Signale der Entschiedenheit im Kampf gegen das Unrecht gerichtet. Andererseits vermittelt das Strafrecht eine „hohle" Symbolik, die vermeintliche Wirkung vortäuscht und systembedingte Steuerungsschwächen als prinzipiell überwindbare Vollzugsdefizite verharmlost.[18]

VI. Die Angstkultur schafft neue Kontrollformen

Medien und praktische Politik betreiben in der Spätmoderne einen dramatisierenden Diskurs über die öffentliche Sicherheit. Angesichts der Unersättlichkeit des Sicherheitsverlangens gerät dieser Diskurs in einem für viele orientierungslos gewordenen Lebensumfeld zu einer publikumsbezogenen Inszenierung, die latent Ängste und Ressentiments gegenüber Fremdheit schürt. Im Widerhall der Medien wird eine offensiv-konfrontative Einstellung der geschlossen auftretenden Gemeinschaft der Rechtschaffenen suggeriert, die mit der Metapher des Krieges gegen Gesellschaftsfeinde eine von Zorn getriebene Kriminalpolitik des harten Durchgreifens betreibt.[19] Unter dem Einfluss dessen gabelt sich das Strafrecht in seiner Anwendungspraxis zunehmend in ein Bürgerstrafrecht, das Alltagskriminalität diskret, nicht stigmatisierend und deeskalierend erledigt, und in ein Feindstrafrecht, das gegenüber Terroristen und sonstigen Gewalttätern quasikriegsrechtliche Eingriffsbefugnisse vorsieht und dauerhaft ausgrenzende Sanktionen verhängt.[20]

VII. Mögliche Auswege: Gibt es solche?

Unsere Überlegungen zeigen, dass normative Konzepte wie der Rechtsstaat in ihrer faktischen Ausgestaltung von vorhandenen sozio-ökonomischen Strukturen abhängen. Die gegebenen Strukturen der globalen Risikogesellschaft, welche die Rechtsstaatlichkeit in die Defensive drängen, sind kaum zu beeinflussen. Immerhin tritt die-

18 Zur Symbolik des Rechts *Winfried Hassemer*, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NStZ 1989, 553 ff.; *Karl-Ludwig Kunz*, Zur Symbolik des Strafrechts, in: Dieter Dölling/Bert Götting et al. (Hrsg.), Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag, 2010, 353 ff.

19 Sog. „*Penal populism*", vgl. *John Pratt*, Penal Populism, 2007.

20 *Günter Jakobs*, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem Prinzipiendenken", ZStW 1995, 843 ff.; *ders.*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Yi-Hsiang Hsu (Hrsg.), Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure. An Anthology in Memory of Professor Fu-Tseng Hung, 2003; *ders.*, Feindstrafrecht – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, HRRS 2003, 289 ff. Aus der Auseinandersetzung mit dem Konzept des Feindstrafrechts vgl. *Heribert Prantl*, Diabolische Potenz. Ein neues fatales Denken: Das Feindstrafrecht – ein Kulturbruch, Süddeutsche Zeitung 05.03.2005, 25 ff.; *Cancio Melia*, Feindstrafrecht, ZStW 2005, 267 ff.; *Jörg Arnold*, Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen, HRRS 2006, 303 ff.

se Gesellschaftsform der Spätmoderne regional in unterschiedlichen Varianten auf. Angesichts vorhandener Differenzen des sozio-ökonomischen Systems verschiedener nationaler Rechtskulturen innerhalb der spätmodernen Weltgesellschaft lässt sich danach fragen, welche Systeme sozialer Ordnung zur Beförderung oder Behinderung von Rechtsstaatlichkeit mehr oder weniger taugen. Insbesondere *Nicola Lacey* hat in ihrem inspirierenden Buch *The Prisoners' Dilemma*[21] darauf eine Antwort gesucht. In Anknüpfung an andere unterscheidet sie verschiedene politökonomische Ländertypologien: Neoliberal (USA, Großbritannien), konservativ-korporatistisch (Deutschland, Österreich), fernöstlich-korporatistisch (Japan, Südkorea), sozialdemokratisch (Skandinavien). Ergänzend werden rechtskulturelle Differenzen erklärt. Als Prüfstein der Rechtsstaatlichkeit des jeweiligen Kulturkreises verwendet *Lacey* das Kriterium des Ausmaßes pönaler Toleranz bzw. populistisch beeinflusster Strafstrenge (*penal populism*). Dieses Kriterium soll, *Winston Churchill* folgend,[22] die Bereitschaft einer Gesellschaft zu Inklusion oder Exklusion von Normabweichlern indizieren.

Gewiss mag es andere Indizien für die Verwirklichung von Rechtsstaatlichkeit in einem politisch-ökonomischen System geben, etwa ein hohes Vertrauen in die Problemlösungsfähigkeit lokaler Gemeinschaften, die Bereitschaft zu sozialem Engagement oder die Integration von Migranten in den Arbeitsprozess. Der Umgang mit Rechtsbrechern als Ausdruck und Prüfstein rechtlicher Zivilisiertheit ist indessen seit *Immanuel Kant* geläufig, der beim staatlichen Strafen verlangt, dass auf die

> „Achtung für die Menschheit in der Person des Missethäters (d. i. für die Gattung) Rücksicht genommen werden müsse"[23], denn „der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines Anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden"[24].

Wie kein anderes Kriterium bildet die Bereitschaft, sogar noch einen Menschen, der den Gesellschaftsvertrag gebrochen hat, in der Reaktion darauf als Gleichen zu achten und nach seiner Beschämung durch symbolische Missbilligung des verübten Unrechts in die Gesellschaft wieder aufzunehmen, einen normativ validen Maßstab für die Herrschaft des Rechts.

Wie aber lässt sich die Qualität des Umgangs mit Beschuldigten und Rechtsbrechern in einer genügend präzisen, differenzierungsfähigen und vergleichstauglichen Form bestimmen? Ist etwa die Gleichheit aller vor dem Gesetz als gelebte Wirklichkeit das Kriterium? Oder ist weniger Gleichheit als soziale Gerechtigkeit beim Strafen maßgebend? Dann wäre ein qualitativ hochwertiges Strafrechtssystem ein solches, das eine dem sozialen Ausgleich verpflichtete Ungleichheit praktiziert, indem es Reiche für gleiche Schuld mit höheren finanziellen Einbußen belegt als Arme und für Bedürftige Sanktionen mit wirksamen Integrationsangeboten verbindet.

Oder detaillierter: Geht es um die Voraussetzungen von staatlichen Eingriffen in die Privatsphäre verdächtigter Personen? Um strafprozessuale Verteidigungsrechte, Waffengleichheit gegenüber der Anklagebehörde und Verfahrensfairness? Um den Anteil Strafgefangener an der Wohnbevölkerung, die Belegungsquote der Strafanstalten, die Häufigkeit und Dauer des verhängten Freiheitsentzuges? Um den Umgang mit Strafgefangenen in den Formen des schlichten Wegsperrens, der Zwangsbehandlung oder der Resozialisierungsangebote? Um eine eher populistisch emotional gesteuerte oder eher durch Expertenmeinungen gestützte Gesetzgebungspolitik? Oder um den durch Medien und um Profil bemühte Politiker angeheizten dramatisierenden *crime talk* an den Stammtischen? All dies sind mögliche Variablen einer empirischen Operationalisierung, die im Einzelnen umstritten sind.

Im Sinne einer ersten Annäherung lässt sich die Bereitschaft einer Gesellschaft zu Inklusion oder Exklusion von Normabweichlern an dem Maßstab der sogenannten *Punitivität* bemessen. Dieses Konzept der Punitivität gehört zu den am intensivsten diskutierten Themen in der aktuellen Kriminologie.[25] Gemeint ist damit im Kern eine emotional „heiße Temperatur"[26] der gesellschaftlichen Einstellung zu Kriminalität, also die Attitüde einer hitzköpfigen, mit feindseligen Gefühlen gegen Straffällige verbundenen Befürwortung des Einsatzes von Strafsanktionen in aller Härte und Schärfe unter Ausblendung der gebotenen Vernunft und Mäßigung. Das Konzept der Punitivität besitzt als Qualitätsmaßstab den Vorzug, einerseits relativ gut empirisch erforscht zu sein und andererseits sich auf sämtliche Praktiken des Umgangs mit strafrechtlich Verdächtigten und Rechtsbrechern zu erstrecken, von der diesbezüglichen Einstellung der Bevölkerung, Mediendarstellungen, Initiativen zu

21 *Nicola Lacey*, The Prisoners' Dilemma. Political economy and punishment in contemporary democracies, 2008.

22 *Winston Churchill* in the House of Commons, 25.07.1910.

23 *Kant* (Fn. 1), S. 362 f.

24 *Kant* (Fn. 1), S. 331. Damit begründet *Kant* die Wiedervergeltung als einzig legitimes Strafziel, was die solidarische Bereitschaft zur Reintegration des Missetäters in die Gesellschaft nicht berücksichtigt und aus heutiger Sicht jedenfalls keine hinreichende Bedingung für eine den Straftäter in die bürgerliche Gesellschaft inkludierende Strafe darstellt.

25 Vgl. etwa *Fritz Sack*, Symbolische Kriminalpolitik und wachsende Punitivität, in: Bernd Dollinger/Henning Schmidt-Semisch (Hrsg.), Handbuch Jugendkriminalität. Kriminologie und (Sozial-)Pädagogik im Dialog, 2009, 63 ff.; *Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs*, Methodische Probleme bei der Erfassung von Sanktionseinstellungen (Punitivität) – ein quantitativer und qualitativer Ansatz, in: Axel Groenemeyer/Sylvia Wieseler (Hrsg.), Soziologie sozialer Probleme und sozialer Kontrolle. Realitäten, Repräsentationen und Politik, 2008, 231 ff.; *Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs*, Punitivität in Deutschland. Zur Diskussion um eine neue „Straflust", in: Thomas Feltes/Christian Pfeiffer et al. (Hrsg.), Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, 1021 ff.; *Fritz Sack*, Wie die Kriminalpolitik dem Staat aufhilft. Governing through Crime als neue Strategie, in: Rüdiger Lautmann/Daniela Klimke (Hrsg.), Punitivität, 2004, 30 ff.; *Rüdiger Lautmann/Daniela Klimke*, Punitivität als Schlüsselbegriff für eine kritische Kriminologie, KrimJ 2004, 9 ff.; *Oliver Brüchert*, Woher kommt die neue Lust am Strafen? Einige Fallstricke kriminologischer Medienkritik, in: Lautmann/Klimke (Fn. 25), 230 ff.

26 *Garland* (Fn. 16).

Neufassungen der Gesetze, die Verfolgungs- und Ahndungspraxis der Strafrechtsinstanzen bis hin zum Strafvollzug.

Die Untersuchung *Laceys* zeigt Zusammenhänge zwischen den sozio-ökonomischen Strukturen von Rechtskulturen und dem Ausmaß der in ihnen geübten Punitivität auf. So wird beispielsweise die exzessive Höhe und Häufigkeit der Strafen in den USA mit einer *winner-takes-all*-Mentalität, einer auf Gewinnmaximierung zielenden Ökonomie, einem politischen absoluten Mehrheitswahlsystem und der Verabsolutierung der Kriminalität als Wahlkampfthema in Zusammenhang gebracht. Umgekehrt wird das in der Vergangenheit eher gemäßigte kriminalpolitische Klima Deutschlands mit einer ausgleichenden sozialen Marktwirtschaft, einflussreichen Arbeitnehmerverbänden, politischen Koalitionen und dem mäßigenden Einfluss einer Beamtenbürokratie auf die Gesetzgebung assoziiert.[27] Insgesamt zeigt sich, dass eine um sozialen Ausgleich bemühte sozio-ökonomische Struktur mit einem gemäßigten, Emotionen bändigenden und der Expertenvernunft Raum gebenden Umgang mit Rechtsbrechern verbunden ist. Umgekehrt ist die durch soziale Kälte gekennzeichnete neoliberale Ellbogengesellschaft mit einem hohen Niveau eines pönalen Populismus assoziiert. Insofern der zivilisatorisch gebotene integrative Umgang mit Normabweichlern eher in sozialen als in rein liberalen Marktwirtschaften praktiziert wird, erweisen sich Gesellschaftsmodelle, die dem Staat eine aktive Rolle zur sozial ausgleichenden Intervention in Wirtschaftsabläufe einräumen, als vorzugswürdig. Die Empfehlung für ein möglichst hohes Niveau an der in der Spätmoderne bedrohten Rechtsstaatlichkeit lautet demgemäß vereinfacht, die Strukturen einer sozial gebändigten Marktwirtschaft zu stützen und auszubauen.[28] Dies entspricht auch dem Anliegen einer möglichst sozial gerechten Strafrechtspraxis.

Ergänzend dazu ist auf die Werthaftigkeit bereits eines bloß formalen Rechtsstaatsverständnisses mit seinen schützenden Formen für Bürgerfreiheit hinzuweisen. Das formale Rechtsstaatsverständnis erzwingt immerhin den regelgebundenen und berechenbaren Betrieb von Amtsgeschäften durch einen routinierten Behördenapparat, welchen *Max Weber* als „rationale Herrschaft" bezeichnet.[29] Diese Herrschaft bindet den Machthabenden an die Legalität und schafft garantierte Freiräume für Bürger. Gegen den Trend einer Flexibilisierung des Rechts ankämpfend, gilt es solche Freiräume nach Kräften offen zu halten. Das Bundesverfassungsgericht etwa hat dazu in seinen Leitentscheidungen wichtige Beiträge geliefert.[30]

Einzuräumen ist freilich: Diese Empfehlungen sind hier und heute schon deshalb unzureichend, weil sie bereits für das Zeitalter des Wohlfahrtsstaats Gültigkeit besaßen und den Besonderheiten der heutigen Weltgesellschaft nicht Rechnung tragen. Die Formstrenge des Rechts und sogar das Bewusstsein ihrer Werthaftigkeit geht im spätmodernen Risikorecht verloren. Die ursprünglich nach dem Modell der sozialen Marktwirtschaft gestalteten Nationen büßen mit der Anpassung dieser Länder an das Modell der globalisierten Risikogesellschaft ihre soziale Komponente zunehmend ein. Die skizzierte Entwicklung hin zu spätmodernen Sozialstrukturen überlagert noch vorhandene nationale Differenzen und nivelliert diese.

Auf nationaler Ebene ist durch vermehrte Bürgerbeteiligung an politischen Entscheidungen beschränkt Abhilfe möglich. Mit *Peter Noll* lässt sich annehmen, dass Demokratie und Rechtsstaat sich weitgehend gegenseitig vertreten können: Demokratie als Ersatz für den Rechtsstaat, Rechtsstaat als Ersatz für Demokratie.[31] Während die demokratische Legitimation im klassischen liberalen Verständnis aus dem Mehrheitsprinzip der Wahl und Repräsentation folgt, ergibt sich die Verbindlichkeit getroffener Entscheide in einem deliberativen Verständnis aus der diskursiven Meinungsbildung der von den Folgen der Entscheidung Betroffenen. Der Geltungsanspruch der Entscheidung folgt nach *Jürgen Habermas* aus einer intersubjektiven Verständigung, die allen Betroffenen Zugang und Teilhabe an der Beratung gewährt (Universalität), konsensorientiert ist, dabei Machtfaktoren möglichst ausklammert (Rationalität) und von wechselseitigem Respekt und Unparteilichkeit getragen wird (Reziprozität).[32] Auch wenn in unsicherer Zukunft der Kreis der Betroffenen mitunter schwer bestimmbar sein wird und Partizipation in Einzelfällen mehr Dissens als Konsens erzeugen mag, eröffnet das deliberative Modell zumindest Chancen für eine Legitimation der Mechanismen eines kooperativen Rechts. Autonome Gestaltungsspielräume einer „Betroffenendemokratie" können die geringe Berechenbarkeit und Überprüfbarkeit der Entscheide kompensieren. Eine problemnahe dezentrale Beurteilung durch die unmittelbar Beteiligten „vor Ort" lässt sich in staatlich nicht gelenkten Schlichtungsverfahren mit Konfliktlösungskompetenz vorsehen. Auch die Schaffung von direkten Volksrechten nach dem Vorbild der Schweiz, mit denen durch Volksabstimmung neues Recht geschaffen (Volksinitiative) oder parlamentarisch geschaffenes Recht zu Fall gebracht werden kann (Referendum), bietet Möglichkeiten zur Institutionalisierung deliberativer Vorstellungen.

Zentral bleibt die Frage nach Legitimation und Kontrolle der rechtlichen Ordnung in der globalen Weltgesellschaft.[33] Die Herausforderung lautet, das fragile Gleich-

27 *Lacey* (Fn. 21), S. 57 ff.

28 *Lacey* (Fn. 21), S. 197 ff.

29 *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, S. 125.

30 Beispielsweise zur Sicherungsverwahrung, vgl. BVerfG, Urteil v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09.

31 *Peter Noll*, Gedanken über Unruhe und Ordnung, 1985, S. 3 f.

32 *Jürgen Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, 1981; *ders.*, Drei normative Modelle der Demokratie: Zum Begriff deliberativer Demokratie, in: Henfried Münkler (Hrsg.), Die Chancen der Freiheit. Grundprobleme der Demokratie, 1992; erneut abgedruckt in: Jürgen Habermas (Hrsg.), Die Einbeziehung des Anderen, 1996, 277 ff., *Jon Elster*, Deliberative Democracy, 1998; *Rainer Schmalz-Bruns*, Reflexive Demokratie, 1995; *John Dryzek*, Foundations and Frontiers of Deliberative Governance, 2010.

33 *Ulrich Sieber*, Rechtliche Ordnung in einer globalen Welt, Rechtstheorie Bd. 41, 2010, 151 (154 ff.).

gewicht zwischen individueller Freiheit und kollektiver Sicherheitsgewähr in den Lebensräumen der global verflochtenen Risikogesellschaft der Spätmoderne neu auszutarieren. Dieser Herausforderung kann ich mich einstweilen nur mit wenigen Hinweisen[34] stellen:

Gerade im transnationalen Kontext der Bekämpfung von Terrorismus und Organisierter Kriminalität wird Sicherheit groß geschrieben und individuelle Freiheit gering geachtet. Das völkerrechtswidrige Gefangenenlager von Guantánamo und die Praxis der Foltermethode des simulierten Ertränkens (*waterboarding*) sind prominente von den USA praktizierte Beispiele. Die Grenzen zwischen innerer und äußerer Sicherheit sowie zwischen Krieg und Verbrechen verschwimmen und führen zur Ausbildung einer globalen Sicherheitsarchitektur, welche im Interesse präventiver Gefahrenabwehr menschenrechtliche Schutzstandards vernachlässigt oder gar verletzt. Dadurch sind Individuen einer gerichtlich nicht überprüfbaren Überwachung und Kontrolle internationaler Institutionen ausgesetzt. Beispielhaft erwähnt seien die sog. *smart sanctions* der UNO-Sanktionslisten, die alle UN-Staaten zum Einfrieren von Konten und zur Unterbindung von Auslandsreisen Verdächtigter verpflichten. Die Listen werden ohne gerichtliche Kontrollmöglichkeit von einem Sanktionsausschuss auf Grund geheimdienstlicher Informationen geführt. Personen auf diesen Listen werden nicht gelöscht, auch wenn ihnen nichts nachgewiesen werden kann.[35]

Während die polizeiliche Verfolgung durch Interpol und Europol international ausgebaut und vernetzt ist, wird über diese kontrollierenden internationalen Justizorgane in Europa erst einmal kontrovers und lange diskutiert.[36]

Bei dem von der Europäischen Union durch sog. *roadmaps* betriebenen Ausbau der Strafverfolgungsorgane und der Ausweitung ihrer Kompetenzen ist die gerichtliche Überprüfung getroffener Maßnahmen nicht geregelt. Unklar ist bereits, welcher nationalen Anfechtbarkeit Strafverfolgungsmaßnahmen der europäischen Behörden unterliegen sollen.

Die Normenhierarchie in sich überlagernden Rechtsräumen ist ungeklärt. Dies gilt insbesondere für das Verhältnis zwischen transnationalem Recht und nationalem Verfassungsrecht. Da die Strafverfolgung eine zentrale hoheitliche Aufgabe der Nationalstaaten ist, bleibt offen, inwieweit einer internationalen Strafverfolgung dadurch verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt sind. In der Annahme des Vorranges von Letzterem hat das deutsche Bundesverfassungsgericht den durch EU-Rahmenbeschluss eingeführten[37] Europäischen Haftbefehl für verfassungswidrig erklärt.[38]

Die Harmonisierung des Strafrechts der Europäischen Union folgt dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, demzufolge Strafverfolgungsmaßnahmen eines Staates in den anderen Staaten automatisch Anerkennung und Anwendung erfahren sollen. Dies führt zu einer generellen Absenkung des Rechtsschutzes Betroffener auf den Standard des Mitgliedstaates mit dem niedrigsten Rechtsschutz. Vom Ziel eines „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts", das sich die Europäische Union im Lissabonner Vertrag gesetzt hat,[39] ist Europa noch weit entfernt.

Allerdings ist diese Diagnose leicht, die Abhilfe hingegen schwer. Das nationale Recht so wie es ist als Monstranz vor sich her zu tragen, wäre weder wissenschaftlich vernünftig noch politisch sinnvoll. Recht hat stets die Aufgabe, für die Gesellschaft funktional zu sein, und dies gilt auch für die sich bildenden nationenübergreifenden Gesellschaftsformen. Diese sind in sich wertvoll, weil sie den Frieden sichern, Freizügigkeit gewähren und die Zäune auch in den Köpfen einreißen. Anstatt die trans- und internationale Rechtsentwicklung zu behindern gilt es, diese mit Elementen substantieller Rechtsstaatlichkeit anzureichern.

Dazu gehört insbesondere der Abbau des Demokratiedefizits internationaler Institutionen, die zumeist nicht wie Nationalstaaten demokratisch verfasst, sondern durch Vertreter assoziierter nationaler Regierungen gesteuert werden. Die Probleme, die sich dabei stellen, zeigt das Urteil des Deutschen Bundesverfassungsgerichts zum Lissabon-Vertrag der Europäischen Union.[40]

Die Union ist kein Bundesstaat, sondern als überstaatlicher föderaler Verbund mit eigener Rechtspersönlichkeit das Werk souveräner demokratischer Staaten. Da und soweit die Union nur abgeleitete öffentliche Gewalt ausübt, braucht sie den Anforderungen einer demokratischen Willensbildung nicht vollständig zu genügen. Als Vertretungsorgan der Völker in einer supranationalen und als solche von begrenztem Einheitswillen geprägten Gemeinschaft brauchen die Institutionen der Europäischen Union nicht den Anforderungen zu entsprechen, die sich auf der staatlichen Ebene aus dem Demokratieprinzip ergeben. Weder braucht die Europäische Kommission den Bedingungen einer dem Parlament oder der Mehrheitsentscheidung der Wähler voll verantwortlichen Regierung zu genügen noch braucht das Europäische Parlament den für ein nationales Parlament nötigen Anforderungen gleichen politischen Wahlrechts aller Bürger zu entsprechen.[41] Daraus folgt nach dem Verständnis des Bundesverfassungsgerichts einerseits, dass das Integrationsprogramm der Union auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung unter Achtung der verfassungsrechtlichen Identi-

34 In dieser Richtung auch *Ottfried Höffe*, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 1999.

35 Vgl. die UN-Resolution 1267. Dazu und zur Kollision mit menschenrechtlichen Schutzstandards der Europäischen Union die Entscheidung des EuGH, Urt. v. 03.09.2008, C-402-05 und C-415-05 – *Kadi/Al Barakaat*, insbes. No. 158-376 sowie *Victor Kocher*, Terroristen – Die schwarzen Löcher des Völkerrechts, 2011.

36 So das Vorhaben der Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft im Rahmen von Eurojust.

37 EU-Rahmenbeschluss v. 13.06.2002 – 2002/584/JI, Abl. I. 190.

38 BVerfGE 113, 273.

39 Vgl. Art. 3 EUV in der Fassung des Vertrags von Lissabon.

40 BVerfGE 123, 267.

41 BVerfGE 123, 267, Abs.-Nr. 271 ff.

tät als Mitgliedstaaten beschränkt bleibt. Eine Übertragung von Aufgaben etwa der Strafrechtspflege darf über die intergouvernementale Zusammenarbeit hinaus nur für bestimmte grenzüberschreitende Sachverhalte unter restriktiven Voraussetzungen erfolgen, wobei substantielle mitgliedstaatliche Handlungsfreiräume erhalten bleiben müssen.[42] Andererseits bildet gerade die Bekämpfung der besonders sozialschädlichen grenzüberschreitenden Kriminalität, bei welcher die weitreichende Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union zulässig ist, eine Kernaufgabe der Strafverfolgungstätigkeit. Die gesamteuropäische Regelung dieses die Bürgerfreiheit eminent betreffenden Gebietes bleibt somit von einer demokratischen Legitimation und Kontrolle weitgehend ausgespart.[43]

Das Beispiel zeigt, wie schwer sich die Weltgesellschaft damit tut, den nationalstaatlichen Maßstäben vergleichbare Standards an demokratischer Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen zu entwickeln. Ein hinreichend demokratisch legitimiertes transnationales Weltmenschenrecht ist in weiter Ferne. Die Aufgabe bleibt, auch wenn der Weg dahin weit und beschwerlich ist.

In der Zwischenzeit gilt es, die Unterschiede nationaler Rechtsordnungen in den zusammenwachsenden Lebens- und Wirtschaftsregionen zu koordinieren. Es erscheint geradezu absurd, dass im Raum der Europäischen Union bei hoher grenzüberschreitender Fluktuation Rechtsordnungen mit teilweise erheblich voneinander abweichenden Inhalten nebeneinander existieren. Die theoretisch garantierte und vielfach praktizierte Freizügigkeit des grenzüberschreitenden Personen- und Warenverkehrs verlangt nach Orientierungssicherheit durch wechselseitige Angleichung dieser Rechtsordnungen. Der Gefahr der Senkung der Schutzstandards auf das Niveau des Landes mit den niedrigsten Standards gilt es offensiv und diskursiv zu begegnen. Die Harmonisierung des nationalen Rechts im „kleinen“ Europa ist unausweichlich, wenn es denn sich zu einem „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“[44] entwickeln will.

42 BVerfGE 123, 267, Abs.-Nr. 249 ff.; vgl. auch BVerfGE 113, 273, (298 f.).

43 BVerfGE 123, 267, Abs.-Nr. 226 ff.

44 BVerfGE 123, 267.