

# Moderne Verbrechenverfolgung – auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?

Von Privatdozent Dr. **Arndt Sinn**,  
Gießen/Augsburg

## I. Einführung in die Thematik und Fragestellung

„Das Feindstrafrecht folgt anderen Regeln als ein rechtsstaatliches Binnenstrafrecht, und es ist überhaupt noch nicht ausgemacht, dass es sich, auf den Begriff gebracht, als Recht erweist“<sup>1</sup>, so formulierte *Günther Jakobs* 1999 die These vom „Feindstrafrecht“, dessen Begriff er bereits 1985<sup>2</sup> geprägt hatte. „Wer als Person behandelt werden will“, so *Jakobs* weiter, „muss seinerseits eine gewisse kognitive Garantie dafür geben, dass er sich als Person verhalten wird. Bleibt diese Garantie aus oder wird sie sogar ausdrücklich verweigert, wandelt sich das Strafrecht von einer Reaktion der Gesellschaft auf die Tat eines ihrer Mitglieder zu einer Reaktion gegen einen Feind.“ „Der Feind ist ein Individuum, das sich in einem nicht nur beiläufigen Maß in seiner Haltung (...) oder seinem Erwerbsleben (...), also jedenfalls vermutlich dauerhaft vom Recht abgewandt hat und insoweit die kognitive Mindestsicherheit personellen Verhaltens nicht garantiert und dieses Defizit durch sein Verhalten demonstriert.“<sup>3</sup> Diese Thesen und die dahinter vermutete Wegbereitung eines machtsstaatlichen Feindstrafrechts lösten beispielsweise bei *Albin Eser* buchstäblich Angst<sup>4</sup> aus.

Bereits diese Zitate zeigen, dass das sog. „Feindstrafrecht“ in der gegenwärtigen strafrechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung zu den wohl am heftigsten kritisierten Konzepten gehört. Dabei ist der Gedanke, dass am unverbesserlichen Täter die Strafe abprallt und daher ihren Sinn verliert, nicht neu:

„Solche Leute in Zellengefängnissen um teures Geld bessern zu wollen, ist einfach widersinnig (...). Gegen die Unverbesserlichen muss die Gesellschaft sich schützen; und da wir köpfen und hängen nicht wollen und deportieren nicht können, so bleibt nur die Einsperrung auf Lebenszeit (bzw. auf unbestimmte Zeit)“<sup>5</sup>, so formulierte einer der Wegbereiter moderner Verbrechenstrafrecht, *Franz v. Liszt*, eine seiner Forderungen in seinem berühmten Marburger Programm aus dem Jahr 1882. Anhand des von den Unverbesserlichen ausgehenden Gefahrenpotentials unterscheidet er die „Unschädlichmachung der Unverbesserlichen“ von der „Besserung der Besserungsfähigen“<sup>6</sup>. Ersteren droht er die „Strafknecht-

schaft“ verbunden mit der Einschließung auf unbestimmte Zeit an.<sup>7</sup>

Teilweise wird davor gewarnt, mit *Jakobs* über den Begriff „Feindstrafrecht“ in einen rechtlichen Diskurs zu treten, fördere man damit doch nur die „Verbreitung eines irreführenden Begriffs“ und leiste damit einem mit diesem Begriff verbundenem „Etikettenschwindel Vorschub“<sup>8</sup>. Bestenfalls handele es sich um eine „irreführende Metapher“ und um ein „Musterbeispiel für folgenlose“ und „zirkuläre Argumentation“<sup>9</sup>. Im Ergebnis meint man, habe *Jakobs* mit seinem Konzept „die notwendige Debatte über die Ausdehnung legitimen Strafrechts geschädigt“<sup>10</sup>. Dabei ist allerdings noch nicht einmal klar, ob es sich beim „Feindstrafrecht“ um einen durch die gegenwärtige Gesetzgebung begünstigten und von *Jakobs* beschriebenen Zustand, in dem sich das Strafrecht befindet, oder um ein wissenschaftliches Konzept, also um eine Begründung und einen Legitimationsversuch für ein Sonderstrafrecht handelt. Dies festzustellen ist von enormer Bedeutung, denn handelt es sich um eine Theorie einer Bekämpfung von Feinden mit anderen Mitteln als denen des Strafrechts, so würde dies – folgte man ihr – einen Paradigmenwechsel mit erdrutschartigen Auswirkungen bedeuten. Käme man hingegen zu dem Schluss, das „Feindstrafrecht“ sei der Zustand, in dem sich das Strafrecht befindet, so könnte man der fehlgeleiteten Kriminalpolitik mit den Prinzipien tradierter Strafrechtsdogmatik den richtigen Weg weisen.

Wenn also mit diesem Beitrag trotz aller Warnungen in einen Diskurs um das „Feindstrafrecht“ eingetreten wird, so deshalb, um diese Fragen zu klären und um *Jakobs* Konzept an den von ihm aufgestellten Bedingungen zu messen. Dazu ist es in einem ersten Schritt notwendig, die Kennzeichen des „Feindstrafrechts“ näher darzulegen (III.), um danach anhand dieser Merkmale die gegenwärtige nationale (IV. 1.) und internationale Strafrechtsentwicklung (IV. 2.) am Beispiel der USA, Großbritanniens und Kolumbiens zu beleuchten. Danach wird die Theoriefähigkeit des „Feindstrafrechts“ aufgrund der von *Jakobs* gegebenen Begründung überprüft (V.). Abschließend erfolgt eine gezielte Auseinandersetzung mit den von *Jakobs* genannten Merkmalen des Feindstrafrechts (VI.).

## II. Der Begriff „Feindstrafrecht“

Das „Feindstrafrecht“, so *Jakobs*, bildet den Gegenpol zum „Bürgerstrafrecht“. „Bürgerstrafrecht ist das Recht aller, Feindstrafrecht das Recht derjenigen, die gegen den Feind stehen; dem Feind gegenüber ist es nur physischer Zwang, bis hin zum Krieg. (...) „Bürgerstrafrecht erhält die Normgeltung, Feindstrafrecht (...) bekämpft Gefahren (...)“. Die Konsequenz dieser Trennung ist, dass die dem Staat bei der Verbrechenverfolgung auferlegten Bindungen gegenüber „Feinden“ nicht gelten sollen, ja nicht einmal gelten dürfen, weil eine Selbstbindung des Staates gegenüber derartig ge-

<sup>1</sup> *Jakobs*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, S. 47 ff., 51.

<sup>2</sup> *Jakobs*, *ZStW* 97 (1985), 751 ff. (783).

<sup>3</sup> *Jakobs* (Fn. 1), S. 47 ff. (53); vgl. ähnlich *ders.*, *HRRS* 2004, 88 ff. (92).

<sup>4</sup> Vgl. *Eser*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Fn. 1), S. 444.

<sup>5</sup> *v. Liszt*, *Der Zweckgedanke im Strafrecht. „Marburger Universitätsprogramm 1882“*, in: *v. Liszt*, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze* Bd. 1, 1970, S. 126 ff. (169).

<sup>6</sup> *v. Liszt* (Fn. 5), S. 173.

<sup>7</sup> *v. Liszt* (Fn. 5), S. 170.

<sup>8</sup> So *Sauer*, *NJW* 2005, 1703 ff. (1704).

<sup>9</sup> So *Schünemann*, *GA* 2001, 205 ff. (212).

<sup>10</sup> *Prittowitz*, in: *Mir Puig u.a.* (Hrsg.), *La política criminal en Europa*, 2004, S. 107 ff. (119).

fährlichen Personen das Recht auf Sicherheit der anderen Personen – der Bürger – verletzen würde.

Es werde also möglich, den als Feind ausgemachten Terroristen weit im Vorfeld der Deliktsbegehung aufgrund seiner Gefährlichkeit „abzufangen“. Positivrechtlich habe sich dies bereits verwirklicht, wenn § 129a StGB (Bildung terroristischer Vereinigungen) die Strafe bereits an die Gründung einer terroristischen Vereinigung knüpfe.

### III. Die vier Kennzeichen des Feindstrafrechts

Innerhalb der materiell und prozessual strafrechtlichen Regelungen könne man nach *Jakobs* typische feindstrafrechtliche Züge an folgenden vier Kennzeichen ausmachen:<sup>11</sup>

1. Vorverlagerung der Strafbarkeit. Damit ist gemeint, dass sich der Blick von einer geschehenen zu einer erst zu begehenden Tat wendet, wie dies beispielsweise der Gesetzgeber mit den Tatbeständen zur Bestrafung der Bildung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung (§§ 129, 129a StGB) oder des bandenmäßigen Anbaus von Betäubungsmitteln (§§ 30 Abs. 1 Nr. 1, 31 Abs. 1 Nr. 1 a. F. BtMG<sup>12</sup>) getan habe.

2. Keine der Vorverlagerung proportionale Reduktion der Strafe. Als Beispiel dient *Jakobs* der Vergleich zwischen dem Rädelsführer oder Hintermann einer terroristischen Vereinigung und dem versuchten Totschlag. Obwohl die Strafbarkeit durch ihren Bezug auf die Bildung der terroristischen Organisation weit vor der Versuchsstrafbarkeit der geplanten Delikte liegt, erfolgt die Bestrafung ähnlich hart, wie bei einer versuchten Straftat. Bei dieser Strafe handele es sich deshalb eher um eine „vorweggenommene Sicherungsverwahrung“.<sup>13</sup>

3. Übergang von der Strafrechtsgesetzgebung zur Bekämpfungsgesetzgebung. Mit diesem Kriterium betritt *Jakobs* die Diskursebene<sup>14</sup> und prangert das seit den 70er Jahren sich immer weiter verbreitende Bekämpfungsvokabular in der gegenwärtigen Kriminalpolitik an.<sup>15</sup>

4. Abbau prozessualer Garantien, wobei er als Beispiel die Aufhebung der Kontaktmöglichkeit zwischen einem Gefangenen und seinem Verteidiger zur Vermeidung von Gefahren für Leben, Leib oder Freiheit einer anderen Person (vgl. Art. 31 ff. EGVVG) nennt.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Vgl. *Jakobs* (Fn. 1), S. 51 f.; weniger strukturiert vgl. *ders.*, HRRS 2004, 88 ff.

<sup>12</sup> Vgl. heute § 30a BtMG.

<sup>13</sup> *Jakobs*, HRRS 2004, 88 ff. (92).

<sup>14</sup> Vgl. auch *Sack*, Feindstrafrecht – Auf dem Wege zu einer anderen Kriminalpolitik?, Vortrag anlässlich der Verleihung des Werner-Holtfort-Preises 2005 an die Redaktion Bürgerrechte & Polizei/CILIP einsehbar unter <http://www.cilip.de/presse/2005/sack.htm> (zuletzt geprüft 3. März 2006).

<sup>15</sup> Vgl. die Nachw. zur Bekämpfungsgesetzgebung bei *Jakobs*, HRRS 2004, 92 Fn. 29 ff.

<sup>16</sup> In HRRS 2004, 93 nennt *Jakobs* darüber hinaus und u. a. auch noch die heimlichen Ermittlungsmaßnahmen (§§ 100 a, 100 c, 110 a StPO) und setzt auch die Untersuchungshaft (§§ 112, 112a StPO) dem Vorwurf aus, feindstrafrechtliche Züge zu tragen.

### IV. Feindstrafrecht als Zustand? Ein national/internationaler Vergleich

Zunächst also zum ersten Teil der eingangs gestellten Frage, die im Rahmen eines nationalen und internationalen Vergleichs beantwortet werden soll: Handelt es sich beim sog. „Feindstrafrecht“ um einen bereits etablierten *Zustand* im Strafrecht?

#### 1. National

Das deutsche Strafrecht bedient sich bei der Verbrechenverfolgung bestimmter Feindbilder und dies nicht erst seit der alles beherrschenden Terrorismusbekämpfung in jüngerer Zeit. Die Verbrechenbekämpfungsgesetzgebung setzte spätestens 1992 mit dem Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG)<sup>17</sup> ein. Sie ist durch den stärkeren Einfluss *polizeilicher* Elemente gekennzeichnet. Damit geht eine *Vorverlagerung* der staatlichen Aktivitäten von der repressiven Verbrechenverfolgung zur vorbeugenden Verbrechenbekämpfung oder *Verfolgungsvorsorge* einher.<sup>18</sup>

In der praktischen Ermittlungstätigkeit lässt sich ein weiterer klarer Trend feststellen: Die Ermittlungstätigkeit geht weg von anlassbezogener Ermittlung hin zu pro-aktiver Ermittlung.<sup>19</sup> Dies belegt bspw. die Möglichkeit einer präventiv durchgeführten Telefonüberwachung im Polizeigesetz Thüringens.<sup>20</sup> Was repressiv bisher nicht möglich war (Anfangs-

<sup>17</sup> Näher und rechtsvergleichend hierzu *Gropp*, Landesbericht Deutschland, in: *Gropp* (Hrsg.), Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität, 1993, insb. S. 3 ff.

<sup>18</sup> Kritisch zu dieser präventiv ausgerichteten Entwicklung in der StPO *Baumann*, StV 1986, 494 ff. (495); zur so genannten vorbeugenden Verbrechenbekämpfung, insbesondere als Verfolgungsvorsorge *Paeffgen*, JZ 1991, 437 ff. (441 ff.) sowie zur Gefahrvorsorge und zur Verdachtsgewinnung im polizeilichen Bereich *Gusy*, StV 1993, 269 ff. (270); *Lisken*, ZRP 1990, 15 ff. (16).

<sup>19</sup> Vgl. dazu ausführlich *Kinzig*, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, Berlin 2004, S. 88 ff. (95 f.): „Pro-aktive Ermittlung bedeutet dabei ein über rein reaktives Handeln hinausgehendes Tätigwerden der Polizei, um unterhalb der Schwelle eines konkreten Tatverdachts gegen eine bestimmte Person, erkannte kriminelle ‚Szenen‘ zu beobachten und sich einnistende Kriminalität in ihren Strukturen zu erkennen, übergreifende Zusammenhänge zu erfassen und durch schrittweises Sammeln von Informationen in die Lage versetzt zu werden, einen Tatverdacht zu konkretisieren.“ (vgl. originär bei *Kniesel/Vahle*, DÖV 1987, 953 ff. (955)).

<sup>20</sup> Vorreiter der Einführung präventiver Telefonüberwachung ist das Bundesland Thüringen, welches diese Ermittlungsmöglichkeit mit dem Gesetz zur Änderung des Polizei- und Sicherheitsrechts v. 20.6.2002 (GVBl. Thüringen 3/7, 27.6.2002, S. 247 ff.) geschaffen hat (vgl. § 34 a Abs. 1 Nr. 1 PAG). Die präventive Telefonüberwachung ist dann möglich,

verdacht!), kann nun im Rahmen von so genannten Vorfeldermittlungen aufgeklärt werden.

Der Abbau prozessualer *Garantien* hat sich jedoch über die Regelungen der §§ 31 ff. EGGVG<sup>21</sup> hinaus nicht ausweiten und vertiefen können.<sup>22</sup> Insbesondere der Richtervorbehalt bei eingriffsintensiven und heimlichen Ermittlungsmaßnahmen gehört zu den bisher nicht angetasteten Mindeststandards bei der Strafverfolgung.<sup>23</sup>

Das bereits genannte Beispiel des § 129a StGB (Bildung terroristischer Vereinigungen) zeigt deutlich die Tendenz einer Vorverlegung von Strafbarkeit und manche vermuten dahinter sogar eine Wendung vom Tat- zum Täterstrafrecht.<sup>24</sup> Denn erst der Zweck der Vereinigung, bestimmte Straftaten zu begehen, führt zum Unrecht. Die im Katalog des § 129a StGB genannte Straftat muss nicht begangen, ja nicht einmal versucht werden. Es genügt, dass die Organisation derartige Straftaten zum Ziel hat.<sup>25</sup> Mit § 129a Abs. 5 StGB werden sämtliche Unterstützungshandlungen für die terroristische Vereinigung unter Strafe gestellt.

Auch die nachträgliche Sicherungsverwahrung dürfte wohl ein deutliches Zeichen dafür sein, dass es auch im Strafrecht mehr und mehr um die Bändigung von Gefahren als um die Bestrafung von Straftätern geht.<sup>26</sup>

---

wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass Personen Straftaten, die in § 100a StPO benannt sind, begehen wollen, vgl. dazu LT-Drs. Thüringen 3/2128, S. 34. Den polizeilichen Bedarf unterstreichend *Becker*, Die Polizei 2004, 14 ff. Differenzierter *Gusy*, Die Polizei 2004, 61 ff. Ähnliche Regelungen existieren in Bayern, Niedersachsen und Rheinland-Pfalz.

<sup>21</sup> *Jakobs*, HRRS 2004, 93: „krassesten feindstrafprozessualen Regelungen“.

<sup>22</sup> Damit soll freilich nicht behauptet werden, dass es in den letzten drei Jahrzehnten in Deutschland keine Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse gegeben hätte, über die man streiten kann, vgl. *Düx*, ZRP 2003, 189 ff. Insbesondere die Einführung der Besonderen Ermittlungsmaßnahmen hat zu einer Neugewichtung des Verhältnisses von Bürger und Staat geführt (vgl. dazu noch unten VI. 2.). Jedenfalls hat sich aber der Rückbau von *Mindestgarantien* nicht durchgesetzt.

<sup>23</sup> Vgl. dazu ausführlich *Gropp/Schubert/Wörner*, Landesbericht Deutschland, in: *Gropp/Huber* (Hrsg.), Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität, 2001, S. 69 ff. (111 ff.).

<sup>24</sup> Vgl. *Hefendehl*, StV 2005, 160; kritisch auch *Meliá*, ZStW 117 (2005), 267 ff. (286 f.).

<sup>25</sup> Die Vorverlagerungstendenzen gehen so weit, dass Bundesinnenminister Schäuble sich erst kürzlich dafür aussprach, das Strafrecht zur Terrorbekämpfung zu verschärfen, indem „gefährliche Leute“, denen bereits begangene Straftaten nicht nachgewiesen werden könnten, vor Gericht gebracht werden sollten. So solle bereits die Ausbildung in einem Terrorlager strafbar werden (vgl. WZ vom 17.12.2005, S. 4).

<sup>26</sup> Vgl. den ausführlichen Überblick bei *Ullenbruch*, in: Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, Bd. 2/1, § 66 b Rn. 1 ff. m.w.Nw.

## 2. International

Auch außerhalb Deutschlands findet man die vier genannten Kriterien zum „Feindstrafrecht“ wieder.

Aus internationaler Perspektive wird im Folgenden auf die Strafrechtsentwicklung in den USA, Großbritannien und Kolumbien näher eingegangen, da deren Strafsysteme hinsichtlich der Fragestellung am ertragsreichsten sind.

### a) USA

In den USA ist der „Krieg gegen den internationalen Terrorismus“ in aller Munde und allgegenwärtig.<sup>27</sup> Dabei wird nicht übersehen, dass im Krieg Feinde bekämpft und nicht Bürger aufgrund begangener Straftaten verfolgt werden. Die Logik des Krieges ist die Vernichtung des Feindes und dies wird von den kriegsführenden Parteien in den USA wörtlich genommen. Am 15. September 2001 lässt CIA-Chef *George Tenet* allen Teilnehmern des aufgrund der Terroranschläge einberufenen Krisengipfels eine Mappe zustellen, die den Titel trägt: „Going to war“.<sup>28</sup>

Damit stehen die Kriegsparteien fest: Auf der einen Seite stehen die Terroristen und ihre Anschläge vom 11. September 2001 und auf der anderen Seite die Regierung der USA und das Gefangenenerlager Guantánamo auf Kuba.

Aus der Sichtweise des Feindstrafrechts haben die Terroristen mit der Planung und Durchführung ihrer Anschläge bewiesen, dass sie durch das Recht nicht ansprechbar sind, ja dass sie nicht einmal zur Gesellschaft gehören wollen und keine Garantie für die Unverbrüchlichkeit der Norm abgeben können. Sie haben gezeigt, dass sie den Kampf gegen die Gesellschaft zu deren Vernichtung aufgenommen haben und diese in Gefahr bringen. Die Regierung der USA hat diesen Kampf angenommen, sie zu Feinden und „ungesetzlichen Kombattanten“ erklärt und damit als Bürger mit den damit verbundenen Rechten exkludiert. Am 13.11.2001 erließ Präsident *Bush* ein Dekret, das die Verhaftung von Personen ermöglichte, die er als „feindliche Kämpfer“ bezeichnet hatte. Damit war der Verlust des Bürgerstatus ausgesprochen. Dies führte dazu, dass das US-Verteidigungsministerium für diese Gefangenen zwei Arten von Kriegsgerichten einrichtete. Die Legalität der Haft und die Bezeichnung als „feindliche Kämpfer“ werden vor den *Combatant Status Review Tribunals* (CSRT) geprüft, während die Terrorismusverdächtigen vor Militärkommissionen angeklagt werden.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Die konservative Ausrichtung des Strafrechts ist in den USA keine neue Entwicklung. Bereits seit den 80er Jahren ist eine Verschärfung in der Kriminalpolitik zu beobachten, vgl. bspw. *Düx*, ZRP 2003, 189 ff. (191). Allerdings erreicht die Kampfansage gegen die Kriminalität durch die Bezugnahme auf „Krieg“ eine neue Dimension. Ausführlich zur rechtlichen Situation in den USA demnächst *Thaman*, Landesbericht USA, in: *Gropp/Sinn* (Hrsg.), Organisierte Kriminalität und kriminelle Organisationen, 2006.

<sup>28</sup> Vgl. Spiegel vom 12.12.2005, S. 116.

<sup>29</sup> Beide Institutionen sind vom Obersten Gerichtshof der USA für verfassungswidrig erklärt worden.

Bereits seit 1996 existiert auf föderaler Ebene der USA ein Terrorismustatbestand. Dabei folgt man der Regelungs-technik, an die Verwirklichung eines bestimmten Delikts die Absicht terroristischer Ziele zu binden.<sup>30</sup> Mit dem Patriot Act im Jahre 2001 wurde der Anwendungsbereich erheblich aus- geweitet. Die Unterstützung einer terroristischen Vereinigung ist selbstständig unter Strafe gestellt.<sup>31</sup> Die Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung ist nicht eigens geregelt.

Im Bereich des Strafprozessrechts hat der „Krieg gegen den Terrorismus“ in den USA zu einer Verschwemmung der Linien zwischen staatsicherheitlicher Informationssammlung und der gewöhnlichen strafrechtlichen Beweiserhebung ge- führt. Nach der Verabschiedung des Patriot Acts ist es bspw. für die Strafverfolgungsorgane entschieden leichter gewor- den, Zugang zu privaten Kommunikationsdaten zu erlangen. Jetzt benötigt man nur eine Vorladung (*subpoena*) statt einer gerichtlichen Durchsuchungsanordnung, um den Zugang zu Internetprotokolladressen oder Benutzerdaten, die auf einem Server gespeichert sind, zu erreichen.<sup>32</sup> Es bedarf einer rich- terlichen Entscheidung nur, wenn der Empfänger der Vorla- dung die Herausgabe der Daten verweigert und die Aufhe- bung der Vorladung beantragt.

§ 106 des Patriot Act lässt Durchsuchungen ohne richter- lichen Beschluss zu und § 122 erlaubt die Personenüberwa- chung ohne richterlichen Beschluss.

Nur am Rand kann erwähnt werden, dass es auch in der US-amerikanischen Kriminologie mit der Unterscheidung von *criminology of the self and of the other* Parallelen zu *Jakobs* Feindstrafrechtskonzept gibt.<sup>33</sup>

#### b) Großbritannien

Auch in Großbritannien lassen sich *Jakobs* Merkmale nach- weisen. So wurde mit dem im Jahr 2001 verabschiedeten *Anti-Terrorism, Crime and Security Act* (ATCSA) die Mög- lichkeit der Internierung von terrorismusverdächtigen *aus- ländischen* Personen geschaffen, was mit einer Aussetzung der Geltung des Art. 5 (1) (f) EMRK aus Notstandsgründen gemäß Art. 15 EMRK einhergegangen ist.<sup>34</sup> Begründet wurde

dies damit, dass eine Auslieferung nicht in Frage käme, weil den Verdächtigen in dem anderen Land eine nicht menschen- rechtskonforme Behandlung drohe. Vor ein englisches Ge- richt konnten diese Personen aber ebenfalls nicht gestellt werden, weil dann in der Verhandlung Beweise hätten vorge- legt werden müssen, die nicht zulässig gewesen wären, weil sie entweder Beweise vom Hörensagen waren oder die Quel- le der Nachrichtensammlung offenbart hätten. Die britische Regierung stand also vor dem Problem, terrorverdächtige ausländische Personen weder strafrechtlich verfolgen, noch ausweisen, noch unter dem geltenden Recht als Verdächtige oder als auszuweisende Personen in Haft nehmen zu kön- nen.<sup>35</sup> 17 Festnahmeanordnungen ergingen nach Inkrafttreten des Gesetzes. Die Inhaftierten wurden in besonderen Haftan- stalten untergebracht – Belmarsh und Woodhill –, wo sie wie verurteilte Schwerstkriminelle behandelt wurden.<sup>36</sup> Erst im Dezember 2004 erklärte das House of Lords die Regelung der ss. 21 und 23 des ATCSA 2001 für mit den Menschenrechts- verpflichtungen des Vereinigten Königreichs unvereinbar.<sup>37</sup>

Im materiellen Recht sind weite Vorverlagerungstenden- zen zu beobachten. Verboten sind u. a. die Mitgliedschaft und die Unterstützung einer terroristischen Vereinigung. Eben- falls unter Strafe steht die Suche nach oder die Bereitstellung von Ausbildungsgelegenheiten zu terroristischen Zwecken im In- oder Ausland; die Ausbildung im Gebrauch von Feuer- waffen, bzw. explosiven, chemischen, biologischen oder nuklearen Waffen (ss. 54 f.).<sup>38</sup>

Der *Prevention of Terrorism Act* aus dem Jahr 2005 (PTA 2005) setzt diesen Trend fort. Das Gesetz enthält eine lange Liste präventiver Beschränkungen und Verpflichtungen wie z.B. Verbot oder Einschränkung des Besitzes bestimmter Gegenstände oder Substanzen, des Gebrauchs bestimmter Dienste, Einschränkung der Arbeit, des Geschäfts oder der Beschäftigung, des Umgangs, des Aufenthaltsorts, oder der Bewegungsfreiheit.<sup>39</sup>

<sup>30</sup> Vgl. 18 U.S.C. § 2332B (g) (5).

<sup>31</sup> § 2339A.

<sup>32</sup> § 210 Patriot Act, verändernd 18 U.S.C. § 2703(c)(2).

<sup>33</sup> Vgl. *Garland*, *The Culture of Control*, 2001; vgl. dazu auch *Sack* (Fn. 14).

<sup>34</sup> Ausführlich zur rechtlichen Situation in Großbritannien demnächst *Huber*, Landesbericht England & Wales, in: Gropf/Sinn (Fn. 27) m.w.Nw. auch zur Diskussion dieser Entscheidung; vgl. *C. Warbrick*, *Emergency Powers and Human Rights: the UK Experience*, in: C. Fijnaut/J. Wouters/F. Naert (eds.), *Legal Instruments in the Fight against International Terrorism*, Leiden, 2004, S. 361, 380 ff.; *S. Marks*, *Civil Liberties at the Margin: The UK Derogation and the European Court of Human Rights*, (1995) 15 *Oxford Journal of Legal Studies* 69-95; hinsichtlich des menschen- rechtsverletzenden Charakters dieser Regelung vgl. die Entscheidung des House of Lords in *A. & Others v Secretary of State for the Home Department*, 2004 *Times Law Reports* 609 (HL).

<sup>35</sup> Vgl. näher dazu *Joint Committee on Human Rights*, *Con- tinuance in Force of Section 21-23 of the Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* (2002-03 HC 462, HL 59) (2003-04 HC 381, HL 38); *Lord Carlile of Berriew*, *Review of Part IV, Home Office London 2003 und 2004*.

<sup>36</sup> Zu Einzelheiten siehe den gemäß s. 28 ATCS Act 2001 erstellten Bericht von *Lord Carlisle of Berriew* über die An- wendung von ss. 21-23 ACSTA 2001: *Anti Terrorism, Crime and Security Act 2001, Part IV Section 28 Review 2003*; weiterhin *Die Zeit* Nr. 21 v. 13. Mai 2004 S. 5 "Großbri- tánamo".

<sup>37</sup> *A & Other v Secretary of State for the Home Department*, 2004 *Times Law Reports* 609 ff.

<sup>38</sup> Vgl. zur praktischen Relevanz *Lord Carlile of Berriew*, *Report on the Operation in 2002 and 2003 of the Terrorism Act 2000*, [www.homeoffice.gov.uk](http://www.homeoffice.gov.uk).

<sup>39</sup> Vgl. näher dazu demnächst *Huber* (Fn. 34).

c) Kolumbien

Ganz offen wird von einem Feindstrafrecht in Kolumbien gesprochen.<sup>40</sup> Zwar wird die kolumbianische Strafgesetzgebung seit den 80er Jahren ganz maßgeblich von der deutschen Strafrechtsdogmatik beeinflusst, allerdings hat sich neben diesen liberalen Einflüssen auch ein Notstandsrecht gegen „Feinde“ etablieren können.<sup>41</sup> Den deutlichsten Beleg dafür liefert das 1990 verabschiedete „Statut zur Verteidigung der Justiz“. Den Hintergrund für dieses Statut bilden zahlreiche Ermordungen von Verwaltungsbeamten und Richtern durch Drogenterroristen.<sup>42</sup> Es hat die Verfolgung besonders schwerer Verbrechenformen zum Inhalt, wie bspw. Terrorismus, Drogenhandel, organisiertes Verbrechen oder bewaffnete Rebellionen.<sup>43</sup> Mit dem Dekret wurde eine Art Notstandsstrafprozessordnung ins Leben gerufen, die deutliche Züge des Inquisitionsprozesses trägt und durch den Abbau maßgeblicher für das allgemeine Strafrecht geltenden Schutzvorschriften für den Angeschuldigten gekennzeichnet ist: Der gesamte Prozess war bis zum Jahr 2000 geheim und die Verfahrensgarantien wurden eingeschränkt. Dem Angeklagten waren beispielsweise der Richter, der Staatsanwalt, die Zeugen und die Gutachter nicht bekannt. Die Ermittlungsbefugnisse der Polizei wurden derart erweitert, dass richterliche Kontrolle kaum noch möglich war. Die Strafverfolgung wurde zunächst von Sonderstaatsanwaltschaften und der Polizei durchgeführt. Nach 1992 wurden den kolumbianischen Streitkräften durch die Verordnung Nr. 1810 Aufgaben der Kriminalpolizei übertragen.

Von dieser Entwicklung blieben auch Bestimmungen im Strafgesetzbuch nicht unerreicht. So wurden bspw. auch Regelungen, die eine überlange Untersuchungshaft verhindern sollten, außer Kraft gesetzt oder modifiziert. So legte bspw. Art. 415 Nr. 2 des Strafgesetzbuches fest, das ein Recht auf Freilassung aus der Untersuchungshaft dann besteht, wenn die Dauer der Untersuchungshaft der Dauer der Strafhaft entspricht, die der Beschuldigte für das ihm zur Last gelegte Verbrechen verbüßen müsste.<sup>44</sup> Im Ergebnis ist damit die Untersuchungshaft die eigentliche Strafe. Für die Fälle, die zum Regelungsbereich der Sondernormen gehörten, wurden die Fristen der vorläufigen Freilassung verdoppelt.

Im materiellen Recht wurde 1988 ein „Statut zur Bekämpfung des Terrorismus“, welches ebenfalls zu den Notstandsgesetzen zu zählen ist, verabschiedet. Diesen Vorschriften und dem besonderen geheimen Verfahren mit seinen Einschränkungen konnte dann jeder unterworfen werden, der eine bestimmte Straftat mit „terroristischen Zielen“ (bspw. Körperverletzung mit terroristischen Zielen oder Entführung mit terroristischen Zielen) begangen hat. Was allerdings ein terroristisches Ziel sein soll, blieb unklar. Auch

hieran zeigt sich die Zweigleisigkeit des „normalen“ neben dem Sonderstrafrecht.

Auch die neue kolumbianische Verfassung aus dem Jahr 1991 konnte den Zustand eines Sonderstrafverfolungsrechts nicht beseitigen, wurde doch die Sondergerichtsbarkeit in die ordentliche Gerichtsbarkeit integriert und die Fortgeltung der Notstandsdekrete für weitere 10 Jahre angeordnet. 1999 trat ein Übergangsgesetz in Kraft, welches das durch die „geheime Justiz“ geschaffene Rechtsstaatsdefizit beseitigen sollte und beispielsweise die öffentliche Hauptverhandlung wieder eingeführt hat.<sup>45</sup> Im Grundsatz wurden jedoch für weitere acht Jahre die Sonderregelungen durch das Parlament bestätigt. Erst im Jahr 2000 wurde die geheime Struktur der Justiz für verfassungswidrig erklärt. Auch danach hat der kolumbianische Verfassungsgerichtshof – allerdings unter ausdrücklicher Anwendung des Feindstrafrechtsbegriffs von *Jakobs* – mehrere vom Präsidenten erlassene strafrechtliche Rechtsvorschriften für verfassungswidrig erklärt.<sup>46</sup>

### 3. Internationale Tendenzen

Als Ergebnis dieses kurzen internationalen Überblicks lässt sich festhalten:

Die Analyse der verschiedenen Länder hat gezeigt, dass sich die von *Jakobs* genannten Kriterien in allen untersuchten Rechtssystemen nachweisen lassen. Am deutlichsten tritt das benutzte Bekämpfungsvokabular in Erscheinung. Der Abbau prozessualer Garantien ließ sich am klarsten in den USA, Großbritannien und Kolumbien feststellen, während in Deutschland diesbezüglich am wenigsten Defizite zu beobachten waren. Überraschenderweise kehrt sich dieser Befund um, wenn man die materiellen Regelungen zum Terrorismus vergleicht. Die weiteste Vorverlegung der Strafbarkeit wurde in Deutschland mit § 129a StGB und in Großbritannien durch den *Anti-Terrorism, Crime and Security Act* erreicht. Demgegenüber wurde in den USA und in Kolumbien die Strafbarkeit durch ein Abstellen auf „terroristische Ziele“ zwar erweitert, aber als Anknüpfungspunkt eine begangene Straftat (bspw. Tötungen, Körperverletzung, Entführung) gewählt. Das bedeutet, dass das deutsche Strafrecht, obwohl es dem Tatprinzip wie kaum ein anderes Recht verpflichtet ist, aufgrund der Tatbestandsstruktur des Terrorismus, den weitesten Anwendungsbereich ermöglicht. Für Großbritannien lässt sich feststellen, dass dort durch die präventiven Maßnahmen entschlossen eine „feindstrafrechtliche Ausrichtung der Gesetzgebung“<sup>47</sup> zu beobachten ist. *Barbara Huber* meint deshalb auch, dass Großbritannien wohl das rechtlich am stärksten hochgerüstete Land Europas sei.<sup>48</sup> In den USA und Kolumbien ist der Kriegszustand gegen den Terrorismus bzw. die organisierte Kriminalität Realität.

<sup>40</sup> Vgl. *Aponte*, Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien, 2004; vgl. dazu die Besprechung von *Schneider*, HRRS 2005, S. 177 ff.

<sup>41</sup> Zum Einfluss der deutschen Strafrechtswissenschaft auf Kolumbien vgl. *Aponte* (Fn. 40), S. 62 ff.

<sup>42</sup> Vgl. *Aponte*, (Fn. 40), S. 66 f.

<sup>43</sup> Vgl. *Aponte*, (Fn. 40), S. 195.

<sup>44</sup> Vgl. näher dazu *Aponte*, (Fn. 40), S. 199 f.

<sup>45</sup> Vgl. *Aponte*, (Fn. 40), S. 73 f., 342 ff.

<sup>46</sup> Entscheidung C-939/02 v. 31.10.2002 zitiert nach *Meliá*, ZStW 117 (2005), 283 Fn. 61.

<sup>47</sup> Vgl. demnächst *Huber* (Fn. 34).

<sup>48</sup> Vgl. demnächst *Huber* (Fn. 34) mit Verweis auf *C. Walker*, *Terrorism and Criminal Justice: Past, Present and Future*, (2004) *Crim.L.R.* 311 ff.

Aber auch innerhalb der europäischen Strafrechtsentwicklung in den Bereichen organisierte Kriminalität und Terrorismus scheint es längst nicht mehr allein um Straftäter zu gehen, sondern um Feinde, die den „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ zu zerstören suchen. Betrachtet man sich beispielsweise das Vokabular zur Verbrechensverfolgung auf der Ebene der Europäischen Union, so ist von „Bekämpfung der organisierten Kriminalität“, der „Betrugsbekämpfung“, „Terrorismusbekämpfung“, „Bekämpfung des illegalen Drogenhandels“, um nur einige Beispiele zu nennen, die Rede. Auch in den Vertragstexten geht es um die Bekämpfung bestimmter Kriminalitätsbereiche, etwa in Art. 29 EUV, und selbst im Verfassungsvertragsentwurf (VVE) setzt sich das Bekämpfungsvokabular fort, wie man bspw. in Art. III-49 oder III-62 VVE sehen kann. Nun soll damit nicht behauptet werden, dass sich die Europäische Union im Zustand eines Feindstrafrechts befindet, allerdings kann auch nicht geleugnet werden, dass sich unionsweit Feindbilder entwickelt haben.

### V. Feindstrafrecht – ein wissenschaftliches Konzept?

Im Folgenden soll nun dem zweiten Teil der Fragestellung nachgegangen werden. Es gilt dementsprechend zu analysieren, ob es sich beim „Feindstrafrecht“ um ein wissenschaftliches Konzept, also um eine Theorie der Sicherung der Bürger vor ihren Feinden, die dem beschriebenen Zustand eine Legitimationsgrundlage geben und zukunftsweisend sein könnte, handelt.

Um als wissenschaftliches Konzept gelten zu können, müssten *Jakobs* Thesen allgemeine Sätze enthalten, die nach den Kriterien der Ordnung und Einheit miteinander verbunden und widerspruchsfrei sind. Aus ihnen müssten sich Konsequenzen zur Lösung einzelner Fälle ableiten lassen.<sup>49</sup> Am lohnenswertesten ist es, dem Merkmal der Widerspruchsfreiheit zwischen „Bürgerstrafrecht“ und „Feindstrafrecht“ nachzugehen.

#### 1. Die Legitimation der Strafe

Wenden wir uns also der Begründung zu, die *Jakobs* für die Trennung von Bürger- und Feindstrafrecht anführt. Die Argumente führen uns zu den für unerschütterlich gehaltenen Grundlagen des Strafrechts: der Legitimation der Strafe. Umso erstaunlicher ist es, dass diesbezüglich eine wissenschaftliche Auseinandersetzung bisher kaum stattgefunden hat.<sup>50</sup> Vielleicht liegt es daran, dass man das sog. „Feindstrafrecht“ mit dem Hinweis auf eine Würde- oder Gleichheitsverletzung durch die von *Jakobs* propagierte Entpersonalisierung

<sup>49</sup> Dem umstrittenen Theorie- und Wissenschaftsbegriff in der Rechtswissenschaft soll hier nicht weiter nachgegangen werden, da jedenfalls über die genannten Merkmale Einigkeit herzustellen sein wird. Vgl. näher insb. *Canaris*, JZ 1993, 377 ff., *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, S. 139 ff.

<sup>50</sup> Strafrechtsintern beschäftigen sich insb. *Meliá*, ZStW 117 (2005), 267 ff., 282 ff. und *Bung*, HRRS 2006, 63 ff. mit *Jakobs*.

des Feindes wegwischen kann. Doch für ihn sind Feinde und Bürger eben nicht gleich und eine Entwürdigung finde zudem ebenfalls nicht statt, denn die Entpersonalisierung erfolge nur „punktuell, nur was den möglichen Fehlgebrauch von Freiheit betrifft. Ansonsten bleibt die rechtliche Personalität unangetastet; beispielhaft, der zu sichernde Verbrecher behält sein Recht auf körperliche Unversehrtheit, sein Eigentum und muss Steuern zahlen.“<sup>51</sup>

Die Legitimation für ein Feindstrafrecht ist bei *Jakobs* verblüffend einfach: Bei Feinden verliert die Strafe ihren Sinn und wenn dies geschieht, so kann die Anwendung der Strafe gegenüber den Feinden kein Recht mehr sein.

Es handelt sich also keineswegs um einen von vornherein zu verwerfenden Gedankengang, denn auch die Einführung des Maßregelrechts wird doch mit dem Bedeutungsverlust von Strafe begründet.<sup>52</sup> Es geht also um die Hinterfragung einer der wesentlichsten Grundannahmen des Strafrechts. Will man gegen *Jakobs* Feindstrafrecht antreten, so kommt es darauf an, diese These auf die Probe zu stellen. Es kommt darauf an, nach dem Sinn der Strafe zu fragen.

Für *Jakobs* ist das entscheidende Merkmal der Straftat die Normverletzung und nicht die Güterverletzung, was sich am Beispiel des Versuchs am deutlichsten zeige.<sup>53</sup> Parallel dazu bezieht er die Strafe auch nicht auf die Gütersicherheit, sondern der Zweck der Strafe sei die „Marginalisierung der Tat in ihrer normverletzenden Bedeutung“.<sup>54</sup> Mit der Verhängung der Strafe werde die Identität der Gesellschaft, also deren Normbestand bestätigt und damit sei der Strafzweck stets erreicht. *Jakobs* folgt damit einer insbesondere auf *Hegel* zurückgehenden Vergeltungstheorie,<sup>55</sup> die freilich nicht mit dem häufig gebrauchten „Auge um Auge, Zahn um Zahn“-Gleichnis verwechselt werden darf. Vergeltung heißt im Zusammenhang mit der Strafe „nicht gelten“. Der Wille des Täters, der sich in der Straftat objektiviert hat, bedarf der

<sup>51</sup> *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, hrsg. von der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften, 2004, S. 43.

<sup>52</sup> Auch bei der Sicherungsverwahrung, die an eine schuldhaft begangene Tat anknüpft, kann ein Bedeutungsverlust der Strafe ausgemacht werden, da die Indizwirkung der Tat es verhindert, die Situation allein mit Strafe zu bereinigen. Die Maßregel stützt damit die Funktion der Strafe, die Normgeltung zu untermauern. Vgl. auch *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 1/56.

<sup>53</sup> *Jakobs* (Fn. 1), S. 49.

<sup>54</sup> *Jakobs* (Fn. 1), S. 49.

<sup>55</sup> Während für *Jakobs*' Ansicht zunächst noch der Aspekt der positiven Generalprävention tragend war (vgl. bspw. Strafrecht [Fn. 52] 1/15; *ders.*, Schuld und Prävention, 1976, S. 10), verschwand dieser später zugunsten einer reinen Vergeltungstheorie (vgl. bspw. *ders.*, Norm, Person, Gesellschaft, 2. Aufl. 1999, S. 106; Krit. Jahrbuch der Philosophie, Beiheft 1, 1998, S. 39). *Heute wird* seine Auffassung vom Sinn der Strafe wieder von zwei Aspekten bestimmt: *Erstens* der Vergeltung und *zweitens* der positiven Generalprävention. Vgl. zu den Wandlungen in *Jakobs* Strafrecht *Lesch*, Der Verbrechensbegriff, 1999, S. 191 Fn. 106 m.w.Nw.

Negierung, da sonst der Anschein bliebe, es sei ein verallgemeinerungsfähiger und damit allgemeingültiger Wille. Die Strafe zur Bestätigung der Identität der Gesellschaft habe nach *Jakobs* also eine „offene Funktion“.<sup>56</sup> Die Strafe habe aber auch, so *Jakobs* weiter, den weiteren Effekt, dass durch die immer wieder erfolgende Marginalisierung der Tat und Bestätigung der gesellschaftlichen Gestalt delinquente Verhaltensweisen aus dem Repertoire der allenthalben nahegelegten oder gar empfohlenen Handlungsweisen ausgeschieden werden. Dieser Effekt wird bekanntermaßen mit positiver Generalprävention umschrieben, *Jakobs* nennt ihn „latente Funktion“ der Strafe.<sup>57</sup>

Die Konzeptionen der Vergeltung und der positiven Generalprävention finden sich de lege lata bestätigt in § 47 Abs. 1 StGB, wenn „zur Verteidigung der Rechtsordnung“ (vgl. auch §§ 56 Abs. 3, 59 Abs. 1 StGB) ausnahmsweise eine kurze Freiheitsstrafe verhängt werden kann oder in § 46 Abs. 1 S. 1 StGB, wenn die Schuld des Täters die Grundlage für die Strafzumessung zu sein hat.<sup>58</sup>

Bei *Jakobs* wird also die bestätigende von den präventiven Wirkungen der Strafe geschieden. Und gerade im Verfall der präventiven Wirkung der Strafe gegenüber den sog. „Feinden“ sieht *Jakobs* die Legitimation für das „Feindstrafrecht“, denn dem Bürgerstrafrecht sei der Adressat abhanden gekommen. Auch dies bedarf einer näheren Erläuterung:

## 2. Der Adressat des Strafrechts in klassisch-liberaler Denkweise

Es hat lange gedauert, bis man Straftäter als Bürger im Staat und nicht als Gefahren wahrgenommen hat, die man gesperrt und ausstoßen muss. Den Höhepunkt dieser Wahrnehmung im deutschen Idealismus bildet wohl *Hegels* § 100 der Grundlinien der Philosophie des Rechts: „Dass die Strafe darin als *sein* eigenes Recht enthalten angesehen wird, darin wird der Verbrecher als Vernünftiges *gehrt*“.<sup>59</sup> Diese auf den ersten Blick zynisch anmutende „Ehrung“ des Täters verliert schnell diesen Anschein, steht doch das Individuum als vernünftiger und freier Bürger im Mittelpunkt. Die Ehrung ist also ernst gemeint, denn mit ihr verbinden sich die Verbürgung einer Eigenschaft und das Versprechen einer Garantie vor dem Staat. Das klassische liberale Strafrecht baut also auf der Vorstellung auf, der Normadressat sei eine vernünftige Person. Da die Straftat etwas per se Unvernünftiges ist, kann sie nicht Ausdruck des Willens eines vernünftigen Menschen sein. Die Straftat wird also als ein fehlerhaftes Verhalten einer Person gedeutet, dem mit Strafe widersprochen werden muss. Der Straftäter wird Kraft seiner Vernunftbegabtheit als formell vernünftig in der Gesellschaft konstituiert und damit aus dem Bereich bloßer Natur herausgehoben. Für das Strafrecht bedeutet dies, dass auch der in der Straftat

zum Ausdruck kommende fehlerhafte Wille dem Bürger nicht den Personenstatus nehmen kann. Denn dieser Wille ist nur vorübergehend und „einmalig“. Von einer vernünftigen Person kann man erwarten, dass sie sich im Anschluss an die Strafe wieder zu normgemäßem Verhalten motivieren wird. Bei gefährlichen Personen fehlt diese Erwartung. Erst die Anerkennung der Vernunft als eine das Menschsein prägende Gabe vermochte also die Person aus der bloßen Natur herauszuheben.<sup>60</sup>

Die Unterscheidung von vernünftigen und gefährlichen Personen ist keine theoretische Spiegelfechterei, sondern sie liegt dem geltenden zweispurigen System des Strafrechts in „Strafe“ einerseits und „Maßregel“ andererseits zugrunde. Der Grundsatz der normativen Ansprechbarkeit findet sich beispielsweise bei der Festlegung der Strafmündigkeitsgrenze, der Anerkennung des Tatbestands- und des unvermeidbaren Verbotsirrtums oder beim Ausschluss der Schuld in § 20 StGB aufgrund bestimmter Defekte.

## 3. Der Feindstatus

Genau an dieser Stelle setzt *Jakobs* an: am Personenstatus des „Feindes“, also an der Fähigkeit, sich zu normgemäßem Verhalten zu motivieren, sich in Normtreue zu üben.

Diese Fähigkeit fehle genau bei den Straftätern, die sich dauerhaft vom Recht abgewendet hätten. Denn, so *Jakobs*, „Wer keine hinreichende kognitive Sicherheit personalen Verhaltens leistet, kann nicht nur nicht erwarten, noch als Person behandelt zu werden, sondern der Staat *darf* ihn auch nicht mehr als Person behandeln, weil er ansonsten das Recht auf Sicherheit der anderen Personen verletzen würde.“<sup>61</sup> Dieser Logik folgend bedeutet das: nur wer prinzipiell die Geltung des Rechts anerkennt und auch die Sanktion gegen einen anderen als Geltung des Rechts gegen sich gelten lassen will, kann Adressat eines Strafrechts sein, das auf Motivationssteuerung in Richtung auf rechtstreu Verhalten setzt.<sup>62</sup> Wenn Recht also die wohl unbestrittene Funktion der Friedenssicherung zukommen soll, so muss zwischen den diesem Recht unterworfenen Personen eine Art Vertrauensprinzip herrschen, denn nur so werden sie den Normbrecher als ihresgleichen behandeln und dem Recht der Gesellschaft unterwerfen. Fehlt das Vertrauen, so erfolgt jede Reaktion aufgrund einer Gefahr, die von der Person ausgeht.

Obwohl *Jakobs* nicht den spezialpräventiven Erwägungen *v. Liszts* folgt, führt ihn dies doch zum selben Ergebnis. Während bei *Franz v. Liszt* der Vollzug der Strafe bei den Unverbesserlichen ihren Sinn (Spezialprävention – Besserung) einbüßt, scheiden die Feinde bei *Jakobs* als Adressaten des Strafrechts aus. In beiden Fällen wird Strafe als Reaktion ausgeschlossen. Dem Personenstatus ist damit der Feindstatus gegenüber gestellt.

Nachdem also die Grundannahme in *Jakobs* Konzept offen gelegt, der Adressat des Rechts in klassisch-liberaler

<sup>56</sup> *Jakobs*, (Fn. 1), S. 50.

<sup>57</sup> *Jakobs*, (Fn. 1), S. 50.

<sup>58</sup> Vgl. auch *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 1 Rn. 121.

<sup>59</sup> *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 100, zitiert nach *Moldenhauer/Michel* (Hrsg.), Werke in 20 Bänden, 1986, Bd. 7.

<sup>60</sup> Vgl. auch *Gropp*, (Fn. 58), § 3 Rn. 43.

<sup>61</sup> *Jakobs*, HRRS 2004, 93.

<sup>62</sup> Vgl. auch *Hamm*, in: Rode u. a. (Hrsg.), Neue Lust auf Strafen, Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, 2005, Bd. 27, S. 108.

Denkweise bestimmt und der Feindstatus geklärt wurde, soll nun die daraus folgende Frage im Mittelpunkt stehen: Scheiden „Feinde“ als Adressaten des Rechts aus?

#### 4. „Feinde“ als Adressaten des Rechts

Dem geltenden Strafrecht ist das Adressatenproblem nicht unbekannt, denn nur derjenige kann das Recht brechen, der schuldhaft handelt. Dieser Grundsatz mit Verfassungsrang folgt aus Art. 1 Abs. 1 GG und dem Rechtsstaatsprinzip und beeinflusst ganz wesentlich die Verbrechensdogmatik. An vielen Stellen im Strafgesetzbuch begegnet man dem Schuldgrundsatz. Hinsichtlich des Adressaten der Norm tritt er am auffälligsten bei § 20 StGB in Erscheinung, denn dort werden als Adressaten der Norm von vornherein schuldunfähige Personen ausgeschieden. Aufgrund konstitutiv-individueller Bedingungen ist es unmöglich, von ihnen die Motivation zu normgemäßem Verhalten zu erwarten, weshalb die Anwendung der Strafe bei ihnen ihren Sinn verlieren würde. Bei diesen Personen besteht auch nicht die Gefahr, dass andere deren Verhaltensweisen zum Vorbild nehmen, denn eine vernünftige Person orientiert sich nicht an Verhaltensweisen einer partiell unvernünftigen Person. Der Unvernünftige *kommuniziert* also nicht über die Geltung der Norm, weshalb er auch als Adressat der Norm nicht in Frage kommt.

*Jakobs* knüpft zur Bestimmung des „Feindes“ aber nicht an Kriterien an, wie sie beispielsweise § 20 StGB nennt, sondern an bestimmte Kriminalitätsbereiche. Dort vermutet er Täter, die als Adressaten der Norm ausscheiden müssten, weil sie sich dauerhaft vom Recht abgewandt hätten und damit nicht mehr die kognitive Mindestgarantie gäben, sich als Personen zu verhalten. Im Ergebnis bildet *Jakobs* damit außerhalb des § 20 StGB eine Gruppe unvernünftig Handelnder, ohne Kriterien dafür angeben zu können. Die Feststellung bestimmter Kriminalitätsbereiche genügt dazu nicht, weil das Fehlen normativer Ansprechbarkeit immer eine Vermutung bleiben muss. Hinzu kommt, dass mit derartigen Mutmaßungen die Errungenschaften der Aufklärung und des Idealismus geradezu auf den Kopf gestellt würden, denn in der Person ist die Vernunft und nicht deren Unvernunft zu vermuten.

Terrorismus, Wirtschaftskriminalität und organisierte Kriminalität sind keine konstitutiv-individuellen Gründe, die zum Ausschluss der Kommunikation über die Geltung des Rechts führen.<sup>63</sup> Die Betätigung als Terrorist oder Mafia-Boss ist kein Defekt, der die Ansprechbarkeit der Person hindern würde. Vielmehr sind die begangenen Taten in besonderer Weise Ausdruck einer bestimmten Einstellung zum Recht, sei es, dass die bestehende Rechtsordnung insgesamt verneint wird (Terrorismus) oder dass der freie Wirtschaftsverkehr in den Dienst eigenen kriminellen Handelns gestellt wird. Mag das nun dauerhaft sein oder nicht – es wird durchaus etwas kommuniziert. In den oben genannten Beispielen findet man genau die Merkmale wieder, die *Luhmann* seiner Kommunikationstheorie zugrunde legt, denn danach besteht der Prozess der Kommunikation aus der Synthese der drei

Selektionen Mitteilung, Information und Verstehen.<sup>64</sup> Kommunikation ist also immer dann gegeben, wenn verstanden wird, dass eine Information mitgeteilt wurde. Keines dieser Merkmale steht in Zweifel, solange nicht der Anwendungsbereich des § 20 StGB erreicht wird. Die Gesellschaft versteht bspw. das Verhalten des Terroristen als Angriff auf die bestehende Gesellschafts- und Rechtsordnung, und genau diese Information wollen die Täter auch mitteilen.<sup>65</sup> Interessanterweise bezieht sich *Jakobs* bei der Formulierung seines Verbrechenssystems selbst auf den kommunikativen Zusammenhang von Straftat und Gesellschaft: „(...) der Täter entwirft mit seiner Tat entweder kommunikativ relevanten Sinn oder er verfehlt das kommunikativ Relevante, bleibt also in der Natur stecken, mag er diese Natur auch privatim für Sinn halten; tertium non datur.“<sup>66</sup> Fehlende Schuldfähigkeit, unvermeidbar fehlende Unrechtseinsicht oder fehlende Zumutbarkeit, verwandelt nach *Jakobs* den kommunikativ relevanten Sinn in Nur-Individuelles, Zufälliges und in diesem Verständnis in Natur (in Umwelt der Kommunikation).<sup>67</sup> Wenn damit gemeint ist, dass z. B. Schuldunfähige *im strafrechtlichen Sinn* nicht zur gesellschaftlichen Kommunikation fähig sind, so ist dem zuzustimmen und anhand der Kriterien des § 20 StGB auch nachzuvollziehen.<sup>68</sup> Was aber demjenigen, der dauerhaft das Recht verneint die Kommunikationsfähigkeit nehmen soll, bleibt unklar, und die Verneinung dieser Fähigkeit dürfte kommunikationstheoretisch auch kaum zu begründen sein, wenn man am Grundsatz „tertium non datur“<sup>69</sup> oder am Kommunikationsbegriff festhalten will.<sup>70</sup>

Die Dauerhaftigkeit der Rechtsverneinung macht möglicherweise die besondere Schuld dieser Täter aus – auf Schuld kann aber nur Strafe und nicht bloße „Reaktion“ folgen. Als Adressaten des Rechts können Täter bestimmter Delikte also nicht ausscheiden, weil dies auf eine Versagung der Kommunikation hinauslaufen würde. Es würde darauf hinauslaufen, die Schuld der Täter nicht anzuerkennen, ja nicht einmal wahrzunehmen.

Wenn *Jakobs* zur Grundannahme seiner Thesen die Funktion der Strafe wählt und dabei bei besonderen Kriminalitätsformen die sog. „latente Funktion“ der Strafe (positive Generalprävention) verneint, so fehlen dafür die Kriterien. Die

<sup>64</sup> *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1. Tb., 1998, S. 190; *ders.*, Soziale Systeme, 1987, S. 203; vgl. dazu *Brodacz*, in: Imbusch (Hrsg.), Macht und Herrschaft, 1998, S. 185. Vgl. näher dazu demnächst *Sinn*, Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten – Zurechnung und Freistellung durch Macht, § 12 B. VII. 1.

<sup>65</sup> Vgl. ZStW 107 (1995), 843 ff.

<sup>66</sup> *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 863 f.

<sup>67</sup> *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 865; vgl. auch *ders.* GA 1996, 253 (255 f.); *ders.*, Schuld und Prävention, S. 17.

<sup>68</sup> So deutlich *Jakobs*, GA 1996, 254.

<sup>69</sup> Vgl. (Fn. 66).

<sup>70</sup> Der Gesellschaft mag der Inhalt der Mitteilung (dauerhafte Rechtsverneinung) nicht recht sein und sie mag die Kommunikation *ablehnen*. Die Ablehnung der Kommunikation setzt aber Kommunikation voraus.

<sup>63</sup> Im Ergebnis ebenso *Bung*, HRRS 2006, 68.



dauerhafte Rechtsverneinung stellt ein solches wie gesehen gerade nicht dar.

### 5. Die „offene Funktion“ der Strafe: Vergeltung als Wiederherstellung des Rechts

Was nun noch zu diskutieren ist, ist die „offene Funktion“ der Strafe, also der Gedanke der Wiederherstellung des Rechts bzw. der Vergeltung. Ist der Strafe diesbezüglich ihr Sinn abhanden gekommen? Diese Frage ist vergleichsweise schnell zu beantworten, denn in dieser Dimension geht es nur noch darum, durch die Strafe die Geltung des Rechts zu demonstrieren, das Recht wiederherzustellen.<sup>71</sup> Steht der Täter als Adressat des Rechts erst einmal fest (weil er sich nicht in einem § 20 StGB entsprechendem Zustand befindet), so kommt es hinsichtlich der Verhängung („Ob“ der Strafe; anders beim konkreten Strafmaß – Schuldprinzip!) der Strafe nicht mehr auf ihn an. Gleich um welche besondere Kriminalitätsform und um welche bestimmte Straftat es sich handelt, immer bedarf es einer Bestätigung der Identität der Gesellschaft, andernfalls sie sich selbst aufgeben würde. Nur so nimmt die Gesellschaft den Rechtsbruch auch als Bedrohung der gesamten Rechtsordnung wie beispielsweise beim Terrorismus ernst. Auch Terroristen setzen Normgeltungsschäden durch die dauerhafte Verneinung des Rechts der anderen.

---

<sup>71</sup> Es mag hier dahingestellt bleiben, ob nicht auch der Vergeltungstheorie Merkmale der positiven Generalprävention inne wohnen, weshalb die Unterscheidung auch unterbleiben könnte. Vgl. näher dazu *Kaufmann*, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, 1994, S. 150; *Ramb*, Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer, 2005, S. 49 ff., *Sinn*, (Fn. 64), § 28.

Dass die Strafe<sup>72</sup> ihre „offene Funktion“ behält, kann also nicht ernsthaft bezweifelt werden. Ob die Rechtsordnung nun von innen oder von außen (bspw. Terrorismus) angegriffen wird, macht keinen Unterschied. Sie bedarf nur dort keiner Bestätigung, wo sie nicht angegriffen wird, wie dies beispielsweise bei Kindern, Schuldunfähigen und Irrenden der Fall ist.

### 6. Zwischenergebnis

Wie gesehen konnte sich das sog. „Feindstrafrecht“ nicht als wissenschaftliches Konzept beweisen. Deshalb gibt es auch keine zu behandelnden Feinde, sondern nur zu verfolgende Straftaten und Straftäter. Die Eröffnung einer dritten Spur neben der Strafe und der Maßregel lässt sich nicht mit dem Gedanken fehlender Sinngebung der Strafe begründen. Die Kriterien, die Bürger als Adressaten des Strafrechts ausscheiden lassen, sind in § 20 StGB als an die Person gebundene Defekte geregelt. Dem widerspricht es, aus einem bestimmten Kriminalitätstyp Rückschlüsse auf die normative Ansprechbarkeit des Täters ziehen zu wollen. Solange strafrechtsspezifisch kommuniziert wird, solange verliert auch die Strafe nicht ihren Sinn.

---

<sup>72</sup> Dass neben dem Schuldspruch auch noch die konkrete Übelzufügung (konkrete Strafe) zur Wiederherstellung des Rechts notwendig ist, wird teilweise angezweifelt (vgl. jüngst *Bung*, HRRS 2006, 67 m.w.Nw. zur Diskussion). Die Notwendigkeit von Schuldspruch und konkreter Strafe ist deshalb notwendig, weil der Täter mit seinem Verhalten nicht nur die Nichtgeltung der Norm *kommuniziert*, sondern mit seinem Verhalten die Außenwelt gestaltet hat. Da die Gestaltung in der Außenwelt Wirkungen hinterlassen, sich der Wille des Täters also objektiviert hat, bedarf es über den kommunikativen Akt des Schuldspruches hinaus auch einer Objektivierung der Geltung der Norm, denn andernfalls wäre die Erklärung, an die Tat sei nicht anzuschließen, schwächer objektiviert, als es die Tat selbst ist. Der Normgeltung wird so zur Wirklichkeit verholphen (vgl. *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft [Fn. 55], S. 105 f.; kritisch dazu *Schild*, in: Nomos-Kommentar zum Strafrecht, Bd. 1, 1995, Stand: November 2003, § 20 Rn. 59; *Schünemann*, FS Roxin, 2001, S. 15 f.; *ders.*, GA 1995, 220 f., der *Jakobs'* Verbrechenssystem Zirkularität vorwirft [S. 18 ff.]. Vgl. auch grundlegend dazu schon *Schünemann*, Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld, in: *Schünemann u. a.* [Hrsg.], Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, S. 166. Vgl. aber *Lesch*, Der Verbrechenbegriff, 1999, S. 217 ff., der diese Zirkularität aus der Struktur des Unrechtsbegriffs heraus erklärt, rechtfertigt und den Vorwurf *unzulässiger* Zirkularität damit zu widerlegen versucht. Vgl. dazu auch *Schild*, in: Nomos-Kommentar zum Strafrecht, Bd. 1, 1995, Stand: November 2003, § 20 Rn. 31). Vgl. zum Strafrecht als Kommunikation auch *Puppe*, FS Grünwald, 1999, S. 469 ff.; demnächst auch *Sinn*, (Fn. 64), § 12 B. VII. 1.

## VI. Wege aus einem feind-/sicherheitsstrafrechtlichen Zustand des Strafrechts

Schließlich bleibt noch der Zustand des Strafrechts, den *Jakobs* anhand seiner vier Kriterien als feindstrafrechtlich, andere als sicherheitsstrafrechtlich, bezeichnen, zu hinterfragen.

Die gegenwärtige Diskussion über die national und international zu beobachtende Aufrüstung des Staates zur Gewährleistung von Sicherheit zeigt, dass dieser Zustand, wie man ihn auch immer nennen mag, als bedrohlich wahrgenommen wird.

### 1. Vermeidung des Bekämpfungsvokabulars

Aus der Verneinung eines Feindstrafrechtskonzepts folgt unmittelbar die *erste* Schlussfolgerung, um diesem Zustand entgegen zu wirken: Wenn es im Strafrecht nur um Straftäter und von ihnen begangene Straftaten, aber nicht um Feinde geht, so hat in diesem Zusammenhang auch das Bekämpfungsvokabular keinen Platz.

Diese Selbstverständlichkeit ist nicht nur ein Spiel mit Worten, sondern wie *Fritz Sack* richtig feststellt, betritt man damit die Diskursebene, also die Ebene, auf der Juristen und Politiker über Normen entscheiden sollten. Funktionalisiert man den Diskurs dadurch, dass man Feindbilder schürt, so leidet darunter das Ergebnis, der Sinnzusammenhang von Strafe und Recht droht verloren zugehen. Am Ende stünde die Abkehr vom Tat- hin zu einem Täterstrafrecht.<sup>73</sup>

### 2. Ausbau prozessualer Garantien bei geheimen Ermittlungen

Die Entwicklungen in den USA, Großbritannien und Kolumbien haben gezeigt, dass der Rückbau prozessualer Garantien eines der auffälligsten Merkmale in der gegenwärtigen Gesetzgebung ist. Insbesondere die Ausschaltung des Richtervorbehalts führt zu einer Neugewichtung des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger, die nicht akzeptiert werden kann. Denn schon die heimlichen, also ohne Wissen des Betroffenen durchgeführten Ermittlungsmaßnahmen, sind aufgrund ihrer Eingriffsintensität nicht unproblematisch, kann doch der davon Betroffene keinen anwaltlichen Beistand erlangen. Man sollte diesbezüglich über die Möglichkeit der Benennung eines Amtsanwaltes nachdenken, der in dem gerichtlichen Genehmigungsverfahren die Interessen des Betroffenen ohne dessen Wissen vertritt (§ 791b Abs. 4 i.V.m. § 784 rpl.),<sup>74</sup> wie dies beispielsweise in Dänemark vorgesehen ist.

### 3. Festhalten am Tat- und Schuldprinzip

Im materiellen Recht sind es die Vorverlagerungstendenzen bei der (Neu-)Strukturierung von Tatbeständen, die kritisiert werden, weil befürchtet wird, dass man sich von einem Tat-

zu einem Täterstrafrecht bewegt.<sup>75</sup> Die größte Gefahr eines Täterstrafrechts liegt nun darin, dass es aufgrund seiner ausschließlich spezialpräventiven Zweckbestimmung kein Maß für die Strafe enthält. Beim „Unverbesserlichen“ oder „Feind“ würde damit der Sinn der Strafe verloren gehen. Die moderne Verbrechenverfolgung kommt also gar nicht um ein klares Bekenntnis zum Tatstrafrecht herum. Am Beispiel des Terrorismustatbestandes (ein von vielen genanntes Beispiel für die Vorverlagerungstendenzen) soll im Folgenden das Prinzip des Tatstrafrechts auf die Probe gestellt werden.

Die Herausforderung für die Strafrechtsdogmatik besteht zunächst darin, das Besondere des Terrorismus zu erfassen. Am klarsten würde man den Grundsatz des Tatstrafrechts umsetzen, wenn man die terroristischen Handlungen konkret benennen könnte. Allerdings müsste dies auch zu einer Beschreibung von zahlreichen Vorbereitungshandlungen führen, die man heute sicherlich nicht absehen kann.

Weiterhin könnte man wie in den USA oder Kolumbien an die Begehung einer schweren Straftat die Absicht „terroristischer Ziele“ binden und als Schuldmerkmale dogmatisch verstehen. Diese Regelungstechnik ist dem deutschen Tatstrafrecht nicht fremd, denn auch beim Mordtatbestand knüpft der Gesetzgeber die gegenüber dem Totschlag erhöhte Strafe beispielsweise an „niedrige Beweggründe“.<sup>76</sup> Freilich führt eine solche Regelungstechnik dazu, dass stets ein Versuch einer Straftat vorliegen muss, um die Rechtsfolge Strafe auslösen zu können.

Da es beim Terrorismus aber um eine Bedrohung des Rechts als solchem und nicht nur um die einzelne Rechtsverletzung geht, besteht dabei die Gefahr, dass man der Planung eines Anschlags nichts entgegensetzen könnte. Das Strafrecht müsste also bei der Planung der eigenen Verneinung zusehen.

Wie erwähnt ist das Besondere des Terrorismus nicht die einzelne Rechtsverletzung, nicht die partielle Negation der Normgeltung, sondern der Angriff auf das Recht selbst. Es geht um die komplette Verneinung des in der Gesellschaft gelebten und normierten Werteverständnisses. Wer durch einen Anschlag einen Menschen tötet, der will nicht nur den Tod als Einzelerfolg, sondern die Erosion des Rechts und der Gesellschaft. Dieser Umstand rechtfertigt es, Terrorismus als Straftat gegen das Recht einzuordnen,<sup>77</sup> und die Strafhöhe

<sup>75</sup> Vgl. *Hefendehl*, StV 2005, 160; *Meliá*, ZStW 117 (2005), 267 ff. (286 f.)

<sup>76</sup> Vgl. auch „Böswilligkeit“ in §§ 90a, 130, 225 StGB; „Rücksichtslosigkeit“ in § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB.

<sup>77</sup> Vgl. dazu bspw. auch *Schroeder*, Die Straftaten gegen das Strafrecht, 1985. *Schroeder* nennt § 129a StGB allerdings im Zusammenhang mit den Straftaten gegen die Durchsetzung des Strafrechts und als Rechtsgut des § 129a StGB die Verhinderung von Straftaten, vgl. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Tb. 2, 9. Aufl. 2005, § 95 Rn. 3. Dabei wird freilich der Schutz bestimmter Rechtsgüter über die Vorverlegungstechnik in § 129a StGB bezweckt. Im Ergebnis führt dies dazu, dass § 129a StGB als eine Art Auffangtatbestand des Rechtsgüterschutzes fungiert, was konsequenterweise in einer Subsidiarität münden muss (vgl. *Schroeder*, Straftaten gegen das Strafrecht, 1985, S. 31 f.).

<sup>73</sup> Vgl. dazu im Zusammenhang mit der Organisierten Kriminalität *Hefendehl*, StV 2005, 156 ff. (158 ff.).

<sup>74</sup> Zu diesen Bedingungen siehe ausführlich *Cornils/Greve*, Landesbericht Dänemark, in: *Gropp/Huber* (Hrsg.), (Fn. 23), S. 44 f.

daran zu messen. Der Gesetzgeber hat diesen Gedankengang am konsequentesten bei den Bestimmungen zum Hochverrat (§§ 81 ff. StGB) umgesetzt, denn dort wird ausdrücklich in der dogmatischen Struktur eines Unternehmensdelikts die „verfassungsmäßige Ordnung“ der Bundesrepublik Deutschland geschützt. Bei der Verfolgung des Terrorismus hat der Gesetzgeber nur teilweise einen ähnlichen Weg gewählt, denn nur in § 129a Abs. 2 StGB werden auch die von den Tätern verfolgten Zwecke angesprochen. Die Anknüpfungstaten (§ 129a Abs. 2 Nr. 1-5 StGB) müssen dazu bestimmt sein „die Bevölkerung auf erhebliche Weise einzuschüchtern, eine Behörde oder eine internationale Organisation rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu nötigen oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen.“ Dabei ist der deutsche Gesetzgeber trotz der mit § 129a StGB einhergehenden Vorverlagerung jedenfalls im Kern noch dem Tatstrafrecht gefolgt. Denn es genügt nicht allein die Gesinnung des Täters zur Unrechtsverwirklichung und auch die Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung ist nicht ausreichend. Das Handlungsunrecht besteht in der *Gründung*, einer *Beteiligung als Mitglied* oder einer *Unterstützung* der Vereinigung. Allerdings hat der Gesetzgeber § 129a StGB nicht als Unternehmensdelikt ausgestaltet und in dessen Abs. 1 wird der Zusammenhang zum Terrorismus überhaupt nicht deutlich, nicht einmal der terroristische Hintergrund des § 129a Abs. 1 StGB wird offen gelegt.<sup>78</sup> Dadurch ist das Besondere an dieser Deliktsart verloren gegangen – die Gefährlichkeit einer terroristischen Vereinigung für die Rechtsgeltung durch ihre organisatorische Struktur, Eigendynamik und die damit verbundene Bereitschaft ihrer Mitglieder zur Deliktsbegehung.<sup>79</sup> Würde man demgegenüber Taten mit terroristischem Hintergrund an den Unternehmensdelikten der §§ 81 und 83 StGB messen, so

würde die Vorverlagerung der Strafbarkeit nur soweit gehen, wie der Täter es „unternimmt mit Gewalt oder Drohung mit Gewalt“ (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB), die „freiheitlich demokratische Grundordnung“ anzugreifen bzw. er ein hochverräterisches Unternehmen vorbereitet. Erst dadurch würde das besondere Gefährdungspotential des Terrorismus zum Ausdruck kommen. Dies wäre der Weg, um deutlicher als heute an einem Tatstrafrecht festzuhalten, die Vorverlagerung der Strafbarkeit durch das Besondere des Terrorismus rechtfertigen und die Strafhöhe dementsprechend ausgestalten zu können.

## VII. Zusammenfassung

Über die deutschen Grenzen hinaus und unabhängig vom gewählten Rechtssystem lässt sich feststellen, dass sich das gegenwärtige Strafrecht auf dem Weg zu einem Sicherheitsstrafrecht<sup>80</sup> befindet. Es befindet sich in einem Zustand, den *Jakobs* als feindstrafrechtlich bezeichnen würde. Über dieses Ergebnis – sieht man von der Terminologie einmal ab – besteht im Wesentlichen auch kein Streit. Die wissenschaftliche Begründung für einen solchen Zustand oder gar für eine „dritte Spur“<sup>81</sup> des Strafrechts konnte jedoch nicht erbracht werden. Angesichts der sich zuspitzenden Bedrohungsszenarien scheinen die Grundprinzipien des Strafrechts ins Wanken zu geraten und es besteht deshalb die Gefahr, Rechtsstaat mit Sicherheitsstaat zu verwechseln. Deshalb kommt es darauf an, dass sich das Strafrecht mehr denn je um die Vergewisserung der eigenen Grundlagen bemüht, andernfalls es die zäh erkämpfte Überzeugungskraft verliert. Die vorangegangenen Überlegungen zum so genannten „Feindstrafrecht“ wollen diesem Umstand Rechnung tragen und mit den Gedanken zum Sinn der Strafe und dem Tatstrafrecht auch Möglichkeiten einer prinzipiengeleiteten modernen Verbrechensverfolgung zeigen.

---

Das Besondere und Eigene des Terrorismus wird dadurch aber nicht erfasst.

<sup>78</sup> Für § 129a a.F. und für § 129a Abs. 1 neue Fassung soll deshalb auch der Grundsatz gelten, dass der mit diesen Normen verbundene Begriff „terroristisch“ keine „eigenständige Erscheinungsform sozialschädlichen Verhaltens“ beschreibe (vgl. *Miebach/Schäfer*, in: Münchner Kommentar zum Strafrecht, Bd. 2/2, 2005, § 129a Rn. 2).

<sup>79</sup> Auf das Gefährdungspotential legt mit Recht insb. *Rudolphi*, ZRP 1979, 214 ff. besonderen Wert.

---

<sup>80</sup> Vgl. auch *Hefendehl*, StV 2005, 156 ff., 160.

<sup>81</sup> Sanktionierung außerhalb von Strafe und Maßregel.